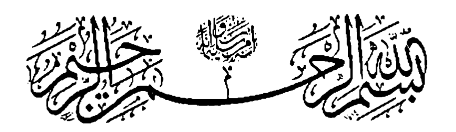

المجموعة الكاملة لمؤلفات الشهيد
سماحة آية الله
السيد عز الدين بحر العلوم رحمه الله
(٥)
بحوث فقهية
محاضرات آية الله العظمى الشيخ حسين الحلي دام ظله
في المواضيع التالية :
التأمين - اليانصيب - الأوراق النقدية - أعمال البنوك والمصارف - السرقفلية (الخلو) - تصفية الوقف الذري - البيع القهري وإزالة الشيوع - حقوق الزوجية وآثارها الوضعية - الشوارع المفتوحة من قبل الدولة - قاعدة الإلزام.
الشهيد السعيد سماحة آية الله
السيد عز الدين بحر العلوم (رحمه الله)
مبرّة
المرحوم محمد رفيع حسين معرفي الثقافيّة الخيريّة
دار الزهراء
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان



بحوث فقهية



والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين

محمد وآله الطيبين الطاهرين

المجموعة الكاملة لمؤلفات الشهيد
سماحة آية الله
السيد عز الدين بحر العلوم (رحمه الله)
(٥)

بحوث فقهية

من محاضرات آية الله العُظمى الشيخ حسين الحلي دام ظله

في المواضيع التالية:

التأمين - اليانصيب - الأوراق النقدية - أعمال البنوك والمصارف - السرقفلية (الخلو) - تصفية الوقف الذري - البيع القهري وإزالة الشيوع - حقوق الزوجية وآثارها الوضعية - الشوارع المفتوحة من قبل الدولة - قاعدة الإلزام.

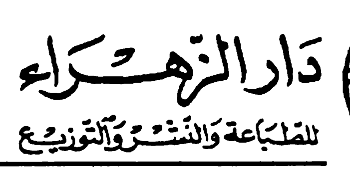
الشهيد السعيد سماحة آية الله
السيد عز الدين بحر العلوم (رحمه الله)

مبّرة
المرحوم محمد رفيع حسين معرفي الثقافيّة الخيريّة

دار الزهراء
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

٢٠١١ م - ١٤٣٢ هـ



بيروت . لبنان . حارة حريك . شارع المقداد . بناية الهدى
هاتف : ٧٢٧٧٦٤ ٣ ٠٠٩٦١ ـ ٥٥٤٠٩٤ ١ ٠٠٩٦١
e-mail: najaf_86@yahoo.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين

وبعد فقد كثر الحديث والتساؤل عن موقف الشريعة الإسلامية المقدسة من بعض المسائل المهمة التي اقتضتها طبيعة عصرنا هذا ولم تكن موجودة في عصر الرسالة وعصور حملتها من أئمة أهل البيت عليهم السلام

وكان هذا من دواعي رغبة في نفوس جملة من أفاضل أهل العلم ممن اعتادوا حضور دروسنا في الفقه والأصول في أن نجعل هذه المواضيع محوراً للدرس والبحث وإن ممن حضر تلك الدروس ودونها ودون الكثير منها ولدنا الأعز العلامة السيد عز الدين بحر العلوم وفقه الله ثم بدا له أن يوسع في بحوثها ويعززها بجملة من المصادر والكتب التي عنيت بتحقيقها وعرض ما ثبتها ونسبت إلينا ما وضح لم يتسن إلى تدريسها ولكنه استخلص رأيي فيها بالمذاكرة فكان لديه من ذلك كله هذا الكتاب الجليل

ولقد سرحت النظر في كل ما كتبه فوجدته قد أداني على الغاية فكرة وأسلوباً واستوعب كل ما يتصل بها من بحوث ورأيت آرائي التي استفادها في مجلس الدرس والمذاكرة مسجلة فيه بأمانة ودقة. وهذا ما بعث في نفسي التفاؤل والأمل الكبير في أن ما بذله من جهد في إعداده وأمثاله من أهل الفضل في النجف الأشرف لم يذهب سدى كما والحمد لله قد جاء بأطيب الثمرات

أخذ الله تعالى بيد مؤلفه الفاضل وبارك في جهوده ونفع به إخوانه من المؤمنين إنه ولي التوفيق ٢٧ ذي الحجة الحرام ١٣٨٣

حسين الحلي

مقدمة الطبعة الثانية

ما كنت متوقعاً يوم قدر لهذا الكتاب أن يرى النور في عام ١٣٨٣ هجرية أن ينال مثل هذا الاقبال الذي حصل عليه فقد نفذت كافة نسخه في فترة قصيرة، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدل على مزيد عناية أولاها طلاب الفضيلة، ورواد العلم لمثل هذه البحوث التي فرضتها حاجة العصر، وطبيعة المجتمع المتطور.

وكان على الفقيه ـ والحالة هذه ـ أن يضع لها أحكاماً نتيجة إعمال ملكته الاجتهادية، وحسبما لديه من القواعد، والأدلة الفقهية.

ولقد أضفت للكتاب بحثاً جديداً يتناول عملية اليانصيب حيث أصبح هذا الموضوع في الوقت الحاضر مثار نقاش لدى علماء المسلمين في تصحيح حكمه الشرعي نظراً لأنه من الأمور التي شاع استعمالها في المجتمع الإسلامي إلى درجة اضطرت الفقيه أن يتوجه لها بمنظاره الفقهي ويستخرج حكمها الشرعي.

ولم يكن هذا البحث بالجديد على أخواته من البحوث التي ضمها الكتاب إنما كان تأخره نتيجة احتمال أن يكون نواة للجزء الثاني منه ولكن ظروف استاذنا المعظم الصحية منعته من الاستمرار بالبحث لذا قررت اضافته إلى الكتاب عند إعادة طبعه.

كما وسوف يرى القارئ الكريم بعض الزيادات والإيضاحات والشروح المقتضية، وأرجو أن لا أكون أثقلت الكتاب بها.

وختاماً: أملي وطيد بأن أكون قد أديت واجباً جديراً بعناية واهتمام القراء.

ومن الله وحده أطلب التوفيق

النجف الأشرف ـ ٢٧/رجب/١٣٩٣ هـ عز الدين السيد علي بحر العلوم

مقدمة الطبعة الأولى

لم تكن الشريعة الإسلامية كبقية الشرائع السماوية السابقة محددة من حيث الزمن، أو هي مختصة بأمة من الناس. بل هي خاتمة الرسالات الإلهية إلى البشر حتى يختار الله لهذا الكون نهايته المقدرة، ولهذا فهي كفيلة بإسعاد المجتمع، ومعالجة مشاكله، وإكمال نواقصه. فهي في حقيقتها قانون إلهي للإنسان، فلابد من تطبيق أحكامها، ورعاية مفرداتها، وهي في الوقت نفسه أحكام توقيفية لا تخضع للتبدل الطارئ من تعاقب القرون فحلال محمد(ﷺ) حلال إلى يوم القيامة، وحرامه حرام إلى يوم القيامة.

ولما كانت مقتضيات العصر المتخيلة لبعض المشرعين قد استدعت تشريع أحكام حسب ما استحدث من الوقائع كان من اللازم عرض هذه الأحكام على واقع الدين الإسلامي، وأحكامه الكلية المتسعة لكل زمان، ومكان ومعرفة ما إذا كانت ملائمة لها أم لا؟

وبيان أوجه المفارقة فيها إن كانت والشريعة المقدسة ـ كما أسلفنا ـ لم تكن مختصة بطبقة خاصة، أو بأجيال معينة، بل هي رسالة السماء إلى أبناء الأرض في جميع الأزمنة مهما امتد عمر الأيام، ولذا لابد من معالجة ما يحدث ويجد من أمثال هذه المواضيع. وتقع مهمة المعالجة على عاتق رجال الفقه فهم السلطة التشريعية، ولهم الكلمة الفصل فيها.

وشعوراً بهذه الحاجة تقدمت مع عدد من إخواني طلاب العلم والمعرفة إلى سماحة شيخنا الأكبر آية الله العظمى الشيخ حسين الحلي (دام ظله) نلتمس منه التفضل بإبداء رأيه في البحوث في أطار البحث والتدريس ليقول كلمته فيها على ضوء ما تقرره الشريعة المقدسة.

واستجاب شيخنا الكبير لهذه الرغبة الملحة، وألقى في شهر رمضان عام ١٣٨١هـ محاضراته في هذه المواد التي أبسطها بين يدي القارئ:

ورغبة مني في تعميم هذه المواضيع، ونشرها بين يدي الناس، رأيت من اللازم عليّ أن أدعم هذه البحوث بشيء من النظريات الحديثة من مصادرها العصرية وآراء أهل الخبرة من الفنيين فيها.

ثم رأيت أن بعض المواضيع ـ وهي من مواضيع الساعة أيضاً وحاجة المجتمع إليها كبيرة ـ لم يبحثها (دام ظله) باعتبار أن الوقت المحدد لأمثال هذه الدروس قد انتهى، وحرصاً على الاستفادة منه تتبعت آراءه عن طريق المذاكرة والاستفتاء.

وأخرجتها بعد هذه كله للقراء حيث أضعها بين أيديهم عساني أن أكون قمت بخدمة دينية لإخواني ممن يهمهم الوقوف على هذه الحقائق.

والله من وراء القصد

النجف الأشرف

في ٨ / ذي الحجة/ ١٣٨٣هـ

عز الدين السيد علي بحر العلوم

التـــأمين

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع إليه، ما هو التأمين؟ تاريخ التأمين، عقود التأمين، الشروط الأولية والاركان المطلوبة في عقود التأمين، الإيجاب والقبول، المؤمن عليه، مبلغ التأمين، بيان الخطر، أقساط التأمين، مدة العقد تاريخ ابتدائه وانتهائه، التأمين عقد رضائي، وثيقة التأمين (البوليصة)، طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية، عرض التأمين على المعاملات الشرعية، ما هو الضمان؟ الضمان في اللغة، في إصطلاح الفقهاء، أقسام الضمان، ضمان اليد، ضمان التلف، ضمان الديون، ضمان الأعيان المغصوبة، ضمان الأمانة، ضمان الأعيان الشخصية، الضمان الإنشائي في الأعيان، الخارجية، الخلاصة، الهبة بشرط تحمل الخسارة، عرض التأمين على القواعد العامة، عرض التأمين على الأصول العملية، تنبيهات التأمين بالتقابل، التأمين المختلط مع الاشتراط في الأرباح، موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين، إعادة التأمين.

من المعاملات المستحدثة، والتي لم تكن في معرض التداول على عهد المشرّع الإسلامي عملية التأمين (البيمة).

والبحث عن هذا الموضوع من ناحيتين:

١ـ حقيقة التأمين وحاجة المجتمع إليه.

٢ـ طبيعته من الناحية الدينية، ورأي شيخنا الحلي (دام ظله) فيه.

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع إليه:

كل شيء في هذه الحياة معرّض إلى الخطر بأوسع ما تشتمل عليه كلمة ـ كل شيء ـ من الأموال، والنفوس، وغيرهما.

والإنسان مدفوع بدافع خفي من غريزته إلى تحاشي الخطر، وبذل أقصى ما يمكن في سبيل تبعيد الأخطار عنه وعن ممتلكاته.

ولذا كانت فكرة التأمين من جملة الأشياء التي تبعد شبح الأخطار عن الإنسان ـ سواءً في نفسه، أو ممتلكاته ـ من غرق، أو حريق، أو سرقة، أو وفاة، وما شاكل هذه من الحوادث مما يؤمن له، أو لأفراد عائلته قسطاً وافراً من المال، والراحة بحيث تكون بمثابة التعويض عما يلحق الفرد من الخسائر والأضرار في تلك المناسبات.

ما هو التأمين؟

لا يخرج التأمين في حقيقته عن كونه تعويضاً للإنسان عن نتائج ما يقع عليه، أو على الغير بواسطة حادثة من حوادث القضاء، والقدر، وذلك بمقتضى نظام تعاوني يقوم على القوانين، والإحصائيات الحديثة، ولهذا عرّف:

بأنه اتفاق بين المؤمن ـ الشركة ـ من جهة وبين شخص، أو عدة أشخاص يعبر عنهم بالمؤمّن له، أو لهم ـ طالب التأمين ـ من ناحية أخرى، وبمقتضى هذا الاتفاق يتعهد المؤمن ـ الطرف الأول ـ بأن يدفع له ـ الطرف الثاني ـ مبلغاً معيناً من المال، أو ما يساويه بمجرد وقوع حادث معين مبين في وثيقة العقد في مقابل أن يدفع المؤمن

له، أو يتعهد بدفع مبلغ يتفق عليه الطرفان يسمى بقسط التأمين [١].

تاريخ التأمين:

والتأمين بنظرته البدائية لم يكن وليد الأيام المتأخرة بل هو موجود من زمن بعيد، وإن لم يكن معروفاً لدى العامة كفكرة لها قوانينها ونظمها الخاصة ولنأخذ لذلك ـ مثلاً ـ، فإن هذه المساعدات التي تصل إلى الإنسان من أقاربه وأصدقائه عند مرضه، أو حلول كارثة به لهي نفسها فكرة التأمين بشكلها البدائي.

وكذلك العادات العشائرية القاضية بجمع الدية لذوي القتيل لو صدر اعتداء من أحد أفراد العشيرة على الغير هي نفسها فكرة التأمين أيضاً، وضمان حياة القاتل من القتل الذي يكون بمثابة الاقتصاص منه، هذا، وأمثاله أنواع أخر من أمثلة التأمين بشكله البدائي.

وإلى غير ذلك من الالتزامات التي يلتزم بها الناس المؤدية لنفس النتائج التي تؤديها فكرة التأمين من دون أن يطلق عليها هذا الاسم، أو تجعلها خاضعة لقوانين منظمة كما هي عليه اليوم كافة شركات التأمين.

وقد ذهب المتتبعون من الذين واصلوا البحث عن تاريخ هذه الفكرة إلى دعوى وجودها من أيام الإغريق حيث وجدت جماعات من ملاك العبيد كانوا يدفعون أقساطاً معينة عن عبيدهم إلى الجمعيات التي كانت قد أنشئت لهذا الغرض في مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبد لو هرب من سيده.

---

(١) نظم هذا التعريف على ضوء التعاريف الواردة في القوانين المدنية لعملية التأمين فقد نصت المادة (٩٨٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي: (التأمين عقد به يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن) أحمد بديع سيفي: التأمين علماً وعملاً/ ص٣٧.

وهذا التعريف يقابل نص المادة (٧٤٧) مدني مصري كما جاء في: التأمين نظرية وتطبيقاً لجليل قسطو، ص١٦.

(وفي بلاد الإغريق وجدت جماعات من ملاك العبيد يدفعون أقساطاً عن عبيدهم فإذا هرب أحد العبيد من صاحبه عوضته الجمعية ثمن العبد كما أسس الرومان جمعيات تعاونية لنقل الموتى، والغرض من تأسيس هذه الجمعيات هي أن تقوم بدفع مصاريف الجنازة، كلها في مقابل أن يدفع كل عضو مبلغاً ضئيلاً من المال كل أسبوع، وهذه الجمعيات لم تزل موجودة إلى الآن في إنجلترا) [١].

عقود التأمين:

ومن ناحية عقود التأمين فإن قدمها يكشف لنا عن تنظيم هذه الجمعيات بشكل يخضع إلى الأنظمة الخاصة من ذلك الوقت.

وأقدم عقد إيطالي للتأمين صدر في سنة ١٣٤٧ ميلادية. ومحتمل أن يكون هناك أقدم منه.

وأقدم قضية للتأمين البحري يرجع تاريخها إلى سنة ١٣٦١م.

وأول شركة لتأمين الحريق تأسست في لندن سنة ١٦٦٦م.

أما تأمين الحوادث فهو أحدثها عهداً، وأول صورة من صوره كان ضد الحوادث الشخصية سنة ١٨٤٥م [٢].

---

(١) محاضرات ألقاها الأستاذ محمود عزمي مدير شركة التأمين المصرية على طلبة الصف الثاني، في كلية التجارة والاقتصاد العراقية.

وقالت بعض المصادر (إن البابليين في العراق القديم أول من عرف عقد التأمين بشكله الابتدائي، وكان عندهم عبارة عن عقد قرض ساعد على ازدهار التجارة ما بين (٤٠٠٠ ـ ٣٠٠٠) قبل الميلاد). جليل قسطو: في التأمين نظرية وتطبيقاً/ ص١١.

(٢) نفس المصدر السابق، وقيل أن تأمين الحريق جاء في أعقاب الحريق الهائل الذي وقع في لندن يوم الجمعة الثاني من أيلول عام ١٦٦٦م، والذي استمر أربعة أيام بلياليها، وأتى على ٨٥٪ من مباني المدينة كما دمر ممتلكات هائلة. لاحظ أحمد سيفي: التأمين علماً وعملاً/ ص٧.

أنواع التأمين:

ليس من الممكن حصر التأمين في أنواع معينة ما دام الإنسان عرضة للأخطار فهي تزداد مع مرور الزمن، وكلما دعت الحاجة إلى أنواع جديدة منه، ويمكننا أن نذكر قسماً منها، والتي توفرت لدينا أسماؤها:

التأمين على الحياة.

التأمين على الحريق، السرقة، وما شاكل..

التأمين على النقل البحري، البري، الجوي...

التأمين على حوادث السيارات، الطائرات، المراكب، وغيرها.

وهناك أنواع كثيرة منه تتشابه، ولكن بالإمكان إرجاع بعضها إلى البعض الآخر فلا داعي إلى التطويل [1].

الشروط الأولية والأركان المطلوبة في عقد التأمين:

عملية التأمين تشتمل على أركان، وشروط لابد من استكمالها في هذه المعاملة.

أركانها:

١ـ الإيجاب والقبول.

٢ـ المؤمن عليه: شخص، ثروة، مرض، وما شاكل.

٣ـ مبلغ التأمين: الذي تدفعه الشركة عند حدوث الخطر، وما يدفعه طالب

---

(١) تقسم بعض المصادر المختصة بالموضوع التأمين إلى قسمين: تأمين خاص، وتأمين اجتماعي. ولدى التحقيق وجدنا هذه الأقسام المذكورة كلها داخلة تحت عنوان التأمين الخاص، أما التأمين الاجتماعي فيقصد به: (التأمين الذي فرضته الحاجة الاجتماعية لحماية مستقبل الطبقة العاملة وهو الذي تمارسه الدول وتجعله إلزامياً). جليل قسطو: في التأمين نظرية وتطبيقاً/ ص٣٣.

التأمين إلى الشركة من المال[1].

شروطها:

١ـ بيان الخطر المؤمن ضده: حريق، وفاة، سرقة، عجز، مرض...

٢ـ القسط الذي يدفعه طالب التأمين إلى الشركة لو أراد التقسيط، وكيفية تسديد الأقساط المرتبة على المؤمن له.

٣ـ مدة العقد: تأريخ ابتدائه، وانتهائه.

هذه هي أهم الشروط المطلوبة في عقد التأمين بين الطرفين.

ولابد لنا من دراسة لهذه الأركان، والشروط توضيحاً لها عما يكتنفها من الغموض.

١ـ الإيجاب والقبول:

وهما ركن في عملية التأمين.

الإيجاب: ويتم من قبل طالب التأمين بعد أن تقدم الشركة له استمارة تحتوي على بيان النوع الذي يؤمن الشخص عليه: ثروة، أو نفساً، أو ما شابه، وعلى القسط الذي يتفق عليه الجانبان ليدفعه المؤمن له مرتباً، وعلى مبلغ التأمين الذي يجب على الشركة دفعه كتعويض عند حلول الخطر المؤمن عليه إضافة إلى بقية الشروط المتفق عليها

---

(١) ذكرت بعض المصادر الحديثة للتأمين هذه الأركان الثلاثة، ولكن بشكل آخر من التسمية يعبر عن معنى الايجاب، والقبول (بركن التراضي) فقالت (وأما وجود التراضي فيتحقق بالتعبير عن الإرادتين بالإيجاب والقبول). وعن المؤمن عليه: عبرت (بركن المحل) حيث جاء (ومحل التأمين في القانون العراقي هو ما نصت عليه الفقرة (١) من المادة ٩٨٤ من القانون المدني إذ قالت: يجوز أن يكون محلاً للتأمين كل شيء مشروع يعود على الشخص بنفع من عدم وقوع خطر معين). وعن الركن الثالث (مبلغ التأمين) عبرت (بركن السبب) فجاء (والسبب هو الدافع أو الباعث الذي يدفع كلاً من طرفي العقد على إبرامه، وعلى الالتزام بالآثار التي تترتب عليه، ولقد نص القانون على ركن السبب وقضى بأن يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للآداب)، لاحظ التأمين علماً وعملاً: ص٣٢ـ٣٣.

بين الشركة وبين طالب التأمين. ويكون توقيع هذه الاستمارة من قبل طالب التأمين إيجاباً منه بذلك.

القبول: ويكون بتصدير الوثيقة التي تؤدي وجود التعاقد بين الجانبين ومصدر هذه الوثيقة ـ عادة ـ الشركة لتدفعها إلى طالب التأمين، وبهذا يتم الركن الأول من الأركان المطلوبة في عملية التأمين [1].

٢ـ المؤمّن عليه:

وبيان المؤمن عليه من أساسيات التأمين حيث تتوقف عليه المعاملة التأمينية إذ يختلف المؤمن عليه:

فمرة: يكون حياة طالب التأمين.

وثانية: بعض الطوارئ العارضة عليه.

وثالثة: أموال الشخص، وممتلكاته، ولكل من هذه خصوصياته، وأوضاعه، ولابد للشركة من تقدير ظروف كل من هذه الخصوصيات، وملاحظة ما تدفعه إزاء ما يؤمن عليه، وعند عدم ذكره لا تتحقق عملية التأمين، إذ تقف شركة التأمين مكتوفة اليد فعلى أي شيء ترتب دفع الأموال؟

٣ـ مبلغ التأمين:

وهذا أيضاً من أركان عملية التأمين فإننا لو أغضينا النظر عنه لما تمت العملية المذكورة، إذ لا يكون في البين داع لأن يؤمن الشخص على حياته أو ماله بعدما أغفل هذا الركن من البين، فلابد من وجود هذا الركن، وبيان ما تدفعه الشركة إلى الذي يريد التأمين على حياته أو ممتلكاته، ومن الجهة الثانية، لابد من حصول بيان ما يدفعه الشخص تأمين الشركة بالمبلغ الفلاني على نفسه، أو أمواله لئلا تكون المعاملة خالية من الاعتبار فبإزاء أي شيء تقدم الشركة لو لم يؤخذ بنظر الاعتبار هذا الموضوع من

---

(١) يراجع بصورة موضحة لعملية الإيجاب والقبول المذكورة هنا جليل قسطو: في التأمين نظرية وتطبيقاً/ ص٣٩ ـ ٤٠ حيث يتم الإيجاب من قبل طالب التأمين، والقبول من الشركة، أو الجمعية.

جهتيه: ما تعوضه الشركة عند حدوث الخطر المتفق على التعويض بإزائه، وما يقصد طالب التأمين من المبلغ ليكون بإزاء ذلك التعهد الصادر من شركة التأمين؟ [(١)].

٤ ـ بيان الخطر:

وبيان الخطر من شروط معاملتنا التأمينية لاختلاف أنواع الخطر من حيث تقدير المبالغ التي تعوضها الشركة لطالب التأمين، فإن التأمين له شروطه الخاصة، وتختلف الخصوصيات المترتبة عليه عن خصوصيات حلول المرض أو العجز أو الشيخوخة، وهذا كله يختلف اختلافاً كلياً عن حوادث السرقة فلكل من هذه الجوانب خصوصية تنفرد بها عملية التأمين.

٥ ـ أقساط التأمين:

ويختلف الحال في أقساط التأمين باختلاف النسب، والمبالغ: **فتارة**: يدفع ما عليه مرة واحدة إلى الشركة، **وثانية**: يرغب في تقسيط المبلغ، ولابد من حصول الاتفاق بين الطرفين على كيفية تسديد المبالغ.

٦ ـ مدة العقد، تاريخ ابتدائه، وانتهائه:

ومن الشروط المطلوبة، أن يذكر الجانبان مدة التأمين، وهل أنها تبقى نافذة المفعول إلى الأخير، أو يرغب طالب التأمين بإجراء عقد لمدة معينة؟ ولا يجوز أن يبقى هذا الشرط مجهولاً، إذ على بيان هذا الشرط يتوقف مبلغ التأمين من الجانبين ما تدفعه الشركة، وما يدفعه طالب التأمين من الأقساط.

---

(١) مما تقدم يبدو أن المصلحة أو الفائدة المؤمن عليها هي ركن من أركان أي نوع من أنواع التأمين فكل عقد لا يتوفر فيه هذا الركن يصبح لا قيمة له قانوناً ولأطراف العقد التمسك بانعدام الفائدة، أو المصلحة في عقد التأمين لإبطال العقد، كما أن هذا الركن يفرضه القانون فرضاً، فللمحكمة عند استعراض القضية إن وجدت انعدام الفائدة أو المصلحة في عقد التأمين فمن واجبها أن تعتبر العقد باطلاً. التأمين نظرية وتطبيقاً: ص٥١ ـ ٥٢.

التأمين عقد رضائي:

تعتبر أنظمة التأمين هذه العملية من عقود المعاوضة [١] والتي يتم فيها الإيجاب والقبول، بينما أخذت المعاوضة بعين الاعتبار من قبل القوانين الوضعية عامة، ذلك لأن كلا طرفي المعاملة مأخوذ بنظره ما يعطي.

فالشركة تتعهد بدفع المبلغ المؤمن عليه في مقابل الحصول على مقدار من المال يتفق الطرفان على طريقة استحصاله، وطالب التأمين يدفع الأقساط المعينة عليه في قبال الحصول على المبلغ المؤمن عليه، سواء في وقت معين كأن يفرض التأمين إلى وقت يحدده الطرفان، أو يكون لورثته عند حدوث الوفاة أو ما يتلف من ممتلكاته.

وثيقة التأمين (البوليصة):

أما الوثيقة التي تثبت وجود التعاقد بين الطرفين فإنها تعتبر رصيداً ضخماً لصاحبها تبعاً لضخامة المبلغ المؤمن عليه، ولهذه الوثيقة أهميتها التجارية في نظر العرف التجاري، فإن الدائن لا يجد الحرج في إقراض صاحبها المال حيث يجد من الشركة خير معوض لدينه لو مات الغريم، وكذا التاجر ينظر إلى البضاعة المستوردة من الخارج بغير النظرة التي ينظر بها إلى البضاعة غير المؤمنة مكفولة من قبل الشركة، وهي ملزمة بإيصال المال إليه، وعند حدوث التلف مستعدة لتعويضه عن الأضرار التي حلت ببضاعته.

---

(١) لدى إعادة النظر فيما كتبناه عن شيخنا تحت هذا العنوان، لم نجده مطابقاً لما يرمز إليه، ولم يكن تطابق بين العنوان والمعنون موجوداً، فالعنوان يرمز إلى كون التأمين لابد فيه من توفر عنصر الرضا من الطرفين، بينما الشرح يوضح كون هذه العملية عملية معاوضة وفرق بين المصطلحين، ولذلك لابد لنا من الفصل بين هذين الموضوعين، فنقول: عملية التأمين لابد لها كعقد من العقود الجارية بين الطرفين من حصول كافة الشروط التي لابد منها في المعاملات العقدية، ومن تلك الشروط الرضا بما يقدم عليه كل طرف من الأطراف المعنية في هذه المعاملة، وأن لا يكون أحدهما مكرهاً على إجراء مثل ذلك العقد، هذا ما يعود إلى العنوان المذكور من كون التأمين عقداً رضائياً، وأما الشرح فلابد لنا أن نعنونه بما يلي: التأمين عقد معاوضي فإنه من العقود التي يتم الخ.

طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية:

إن شيخنا الأستاذ (دام ظله) يرى التأمين:

(اتفاق بين الطرفين المؤمن ـ الشركة ـ أو من يقوم مقامها، وبين المؤمن له ـ طالب التأمين أو المأذون من قبله ـ نتيجته أن المال إذا تلف تكون خسارته على المؤمن في قبال أن يدفع المؤمن له مبلغاً من المال يتفق عليه الطرفان من حيث القدر، والتسديد).

وحيث كانت هذه المعاملة مستحدثة لعدم وجود لها على عهد المشرع الإسلامي، كما هي عليه اليوم، فلابد لمعرفة حكمها الشرعي من اتباع الطرق الآتية:

أولاً: عرض هذه المعاملة على المعاملات الشرعية التي كانت قائمة في ذلك الوقت لعلنا نجد من بين تلك ما يماثل ما نحن فيه من معاملة التأمين.

ثانياً: تطبيق إحدى القواعد العامة على معاملتنا التأمينية لو لم نجد لها ما يماثلها في عهد المشرع الأعظم.

وبعد العجز عن هذين الطريقين فلابد من الانتقال.

في المرحلة الثالثة إلى الأصول العملية: وسنذكر موجزاً لتعريف الأصول العملية ومتى نحتاج إليها.

عرض التأمين على المعاملات الشرعية:

إذا عرضنا عملية التأمين على باب الضمان نرى أنه يستفاد من ملاحظة التأمين، وتعاريفه وجود ما يشبه الضامن، والمضمون وعلى هذا فيلزمنا البحث عن حقيقة المعاملة الضمانية، وكيفية تصوير الضمان بالنسبة إلى كل من النفوس والأعيان الخارجية، ومدى التقائه مع معاملتنا هذه، وبتمامية ذلك يكون التأمين من صغريات باب الضمان ويجري على التأمين ما يجري على الضمان.

ومما سبق عرفت: أن الاركان التي تتألف منها عملية التأمين هي:

الإيجاب والقبول.

المؤمن عليه.

مبلغ التأمين.

فإن كانت معاملات الضمان تشمل على مثل هذه الأركان تمكنا من إدراج التأمين في باب الضمان.

ما هو الضمان؟

ولابد أن نبحث مصطلح الضمان من الناحيتين اللغوية، والفقهية.

الضمان في اللغة:

اختلفت كلمات اللغويين في الضمان:

فذهب البعض: إلى أنه مأخوذ من ضمم، ومعناه ضم شيء إلى آخر.

بينما ذهب آخرون: إلى أن الضمان مأخوذ من ضمن، ومعناه ادخال الشيء في العهدة، والحيازة فإذا قال: ضمنت ثوبك، فمعناه أني أدخلت الثوب في عهدتي وحيازتي، وضمني.

وإلى هذا الرأي الثاني ذهب صاحب القاموس حيث قال: (ما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه) [١]. وقال ضمن الشيء، وبه كعلم ضماناً، وضمناً فهو ضمين كفله.

وفي تاج العروس قال: (ويقال: ضمن الشيء بمعنى تضمنه، ومنه قولهم: مضمون الكتاب كذا وكذا ـ إلى قوله ـ وناقة ضامن ومضمان حامل) [٢].

وفي لسان العرب قال: (وضمن الشيء إذا أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر، وقد تضمنه هو، قال ابن الرقاع يصف ناقة حاملاً:

---

(١) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي:القاموس المحيط/ مادة ضمن.

(٢) السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي: تاج العروس/ مادة ضمن.

أوكـت عليـه مـضيقاً مـن عواهنهـا   كمـا تـضمن كـشح الحـرة الحـبلا [(١)]

ومن هذا العرض لآراء اللغويين نعرف، أن الضمان مأخوذ من الـضمن لا مـن الضم. فإذا قال: ضمنت مالك، فمعنـاه أني أدخلـت في حيـازتي، وعهـدتي لا أننـي ضممت مالك إلى مالي لما يرد على هذا الرأي من أنه لو كان أصـل ضـمن هـو ضـم بالميمين فلا وجه لتجريده من أحد ميميه، وإبدالها بالنون، فـالمتعين أن ضـمن أصـل برأسه.

الضمان في إصطلاح الفقهاء:

فإن الضمان هو إدخال المضمون في عهدة الضامن، والقيام من جانبه بكافـة مـا يترتب على هذا الإدخال، والجعـل مـن أحكـام، وبهـذا يكـون قريبـاً مـن مفهومـه اللغوي[(٢)].

---

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: لسان العرب/ مادة ضمن.

(٢) الإصطلاح المذكور للضمان ذهبت إليه الشيعة الامامية، قـال الـشهيد في المسالك: (الـضمان عنـدنا مشتق من الضمن لأنه يجعل ما كان في ذمته مـن المـال في ضـمن ذمـة أخـرى، أو لأن ذمـة الـضامن تتضمن الحق. فالنون فيه أصيلة بناءاً على أنه ينقل المال من الذمة إلى الذمة) لاحظ لذلك زيـن الـدين ابن علي العاملي المعروف بالشهيد الثاني: مسالك الأفهام/ كتاب الضمان.

وأما فقهاء العامة: فالغالبية منهم لا يرون هذا الرأي، بل يـرون الـضمان مـأخوذاً مـن الـضم، والنون فيه زائدة، ويتحصل من ذلك الفرق بين المصطلحين كالآتي:

إن فقهاء الشيعة: يرون الضمان ناقلاً للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بحيث تفـرغ ذمة المضمون عنه من المال، وإلى مثل هذا ذهبت بعض المذاهب المهجورة منهم. كأبي ليلى، وأبي ثـور، وداود حسبما جاء في كتاب رحمة الأمة بهامش الميزان للشعراني ١، ١٩٤.

أما بقية المذاهب: فحيث أخذوا الضمان مشتقاً من الـضم فـإنهم لا يرونـه نـاقلاً بـل إنـما يفيـد اشتراك الذمتين الضامن والمضمون عنه في المطالبة أمام المضمون له لا النقـل فالـدين بـاق عـلى ذمـة المضمون عنه، وإنما للمضمون له المطالبة لأي منهما شاء الضامن والمضمون عنه، قال في رحمة الأمـة: (اتفق الأئمة على جواز الضمان وأنه لا ينتقل الحق عن المضمون عنه الحي بنفس الضمان بل الدين باق في ذمة المضمون عنه لا يسقط عن ذمته بالأداء. رحمة الأمة بهامش الميزان: ١/ ١٩٤. =

أقسام الضمان:

ينقسم الضمان بحسب النظر الأولي إلى قسمين:

الأول: ما كان تحققه متوقفاً على فعل خارجي. كضمان اليد، والتلف.

الثاني: ما كان محتاجاً في حصوله على الإنشاء. كضمان الديون.

ضمان اليد:

حيث يتحقق الضمان بمجرد وضع اليد على شيء، فإن على اليد ما أخذت حتى تؤدى [1] كفيلة بلزوم إرجاع ذلك الشيء إلى صاحبه لو كانت العين باقية أو أداء بدله من المثل، أو القيمة [2] لو تلفت العين قبل إرجاعها، ويكون وجوب الأداء من آثار

= نعم، ذهبت الحنفية إلى الترديد بين التشريك في أصل الدين، أو المطالبة ولكنهم رجحوا التشريك في المطالبة. قال عالمكير بادشاه الحنفي في الكفالة: (قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل في الدين، والأول أصح) الفتاوى الهندية: ٢٥٢،٣، طبعة ديار بكر ـ تركيا.

ومعنى القول الثاني هو أن الضامن يكون شريكاً في المضمون في تحمل الدين، ولكنه كما في بقية مصادر الفقه الحنفي رجح القول الأول، وهو التشريك في المطالبة بمعنى إعطاء الصلاحية للمضمون له في مطالبة أي من هذين شاء الضامن والمضمون عنه. أما الدين فهو باق على ذمة المضمون عنه.

(١) راجع الحديث النبوي في كتب الشيعة: الميرزا حسين النوري: مستدرك الوسائل/ كتاب الغصب ـ باب ١. ومن كتب السنة: الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى/ ٦، ٩.

(٢) التدرج المذكور من أداء العين أولاً، أو المثل عند تعذرها، أو القيمة عند انتفاء المثل أمر يوحي به العقل والعرف ذلك: لأن من استولى على شيء مخاطب يرد ذلك الشيء إلى مالكه والتخلي عنه. وفي صورة تلف العين، أو عدم إمكان ردها لابد من الانتقال إلى أداء الشيء الذي يماثل العين المذكورة لو كان لها مثلاً. أما لو تعذرت المثلية فإن الانتقال يكون حتمياً إلى أداء المالية وهو المعبر عنه في لسان الفقهاء بـ (القيمة).

ومن الواضح، أن التمكن من أداء المثل لا يفقد من الشيء إلاّ الجهات الشخصية الكامنة في العين وفي هذه الصورة لا معنى لأداء المالية لتمكن الشخص من أداء ما يحافظ على الجهات النوعية الكامنة في المثل. نعم، لو تعذر الحصول على الجهتين الشخصية والنوعية كانت المالية هي التي توجب تفريغ ذمة المكلف بعد انشغالها بواسطة الاستيلاء.

كون العين في عهدة من وضع يده عليها من دون توقف إلى إنشاء من أحد الطرفين.

ويلحق بذلك:

ضمان التلف:

فإن قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن [١]. قاضية بأداء البدل لو كان لذلك التالف بدل أو القيمة لو كان قيمياً [٢]، ولا حاجة في هذا النوع من الضمان إلى إنشاء من أحد الطرفين بل نفس الفعل الخارجي من وضع اليد أو الاتلاف، وما شاكل يكون موجباً لتحقق الضمان.

وهذا كله من النوع الأول الذي يتوقف تحققه على فعل خارجي.

وإذا انتقلنا إلى النوع الذي يحتاج في حصوله إلى الإنشاء نرى ما يكون أحد الطرفين موجباً، والطرف الآخر قابلاً بذلك الإيجاب، وهذا القسم لو لاحظناه لرأينا منه ما هو مسلم تحقق الضمان فيه عند الفقهاء بينما وقع الخلاف في القسم الآخر.

---

(١) هذه القاعدة بهذا النص تستفاد من خلال كلمات الفقهاء، وقد اتفقت كلماتهم عليها واستدل عليها بآيات من الكتاب الكريم من قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ سورة البقرة، آية:١٩٤، وقوله تعالى ﴿جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ سورة الشورى، آية ٤٠. ومن الأخبار، فقد وردت بهذا المضمون أحاديث كثيرة في كثير من الأبواب الفقهية من طرق الطرفين فراجعها.

(٢) تصدى الفقهاء لتعريف كل من البدلين المثلي والقيمي فعرفوا المثلي: (بأنه ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة، والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار) لاحظ لذلك: الشيخ الأنصاري: المكاسب/ ١٠٥، طبع ايران.

ويمثل لذلك بالحنطة ـ مثلاً ـ فإن نصف الكيلو منها تساوي من حيث القيمة النصف الثاني من الكيلو الواحد من الحنطة المعينة.

ويقابل هذا القيمي: فإن أجزاؤه لا تتساوى من حيث القيمة فإن نصف الشاة، لا يمكن اعتبار قيمته مساوية لنصفها الآخر كما هو واضح، وقد عرفوا المثل والقيمة بتعاريف عديدة كلها تحوم حول هذا المعنى.

أما ما كان مسلم تحقق الضمان فيه عند الفقهاء فهو:

ضمان الديون:

ويتحقق هذا بضمان ما في الذمم كما لو كان لزيد بذمة عمرو مبلغ قدره خمسون ديناراً فيأتي شخص ثالث ليضمن لزيد ماله بذمة عمرو فيقبل الدائن بذلك الضمان، ويكون تصوير ذلك بقوله: ضمنت مالك بذمة عمرو، وبقبول الدائن بهذا العرض ينتقل الدين من المضمون عنه الذي هو عمرو إلى ذمة الضامن. وبهذا المقدار لم يخالف أحد من فقهائنا.

إلاّ أن البعض منهم، حصر الضمان الإنشائي في هذا النوع، وهو (ضمان الديون)، ولم يجر الضمان الإنشائي في غيره من الأعيان، والنفوس.

قال المحقق(رحمه الله) في الشرائع: (الثاني: في الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة)[1].

وعقّب الشيخ صاحب الجواهر(رحمه الله) على ذلك بقوله: (ومرجعه إلى ما في القواعد من أن شرطه المالية والثبوت في الذمة وإن كان متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول. بل قيل أن على الأول الإجماع معلوم ومحكي في ظاهر الغنية وغيرها. بل منها، وغيرها أيضاً الإجماع صريحاً على الثاني.

وفي محكي التذكرة: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو على لم يصح إجماعاً...)[2].

وإنما لم تصح هذه الصورة الأخيرة بالإجماع لأن الذمة حين الإنشاء لم تكن مشغولة بشيء ليتحقق الضمان.

وأما ما اختلفت كلمة الفقهاء فيه بالنسبة إلى الضمان، فهو:

---

(١) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي: شرائع الإسلام/ ٢، ١٢٧، كتاب الضمان.

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي/ جواهر الكلام/ كتاب الضمان، ٤٠٨.

ضمان الأعيان المغصوبة:

وتصويره بأن يغصب شخص ثوب آخر فيأتي شخص آخر ليضمن ذلك الثوب من الغاصب.

وقد وقع الخلاف في هذا النوع من الضمان، فأجازه جماعة، ومنهم المحقق في الشرائع حيث قال: «والأشبه الجواز» [١].

ومنعه آخرون: ومنهم صاحب الجواهر حيث علق على عبارة المحقق هذه بقوله: (للعمومات ولأنه مال مضمون على المضمون عنه) [٢] ثم اشكل عليه بما حاصله: إنكار العموم [٣] وما يروي عن النبي (ﷺ) من (أن الزعيم غارم) ليس من أخبارنا [٤] فلا يكون حجة عندنا وأن (عموم الوفاء بالعقد) لا يمكن انطباقه على ما نحن فيه على مذهبنا من كون الضمان موجباً للانتقال من ذمة المضمون، منه، إلى ذمة الضامن إذ ليست العين من المال في ذمة الغاصب فلو طبقناه على ما نحن فيه لكان مقتضاه كون الضمان ضم ذمة إلى أخرى، ونحن لا نقول به [٥].

وحاصل ما أفاده شيخنا (دام ظله) في هذا المقام هو: إمكان القول بأن ضمان العين

---

(١) شرائع الإسلام: كتاب الضمان، ١٦٧. ونقل الجواز عن علمائنا المتقدمين كالشيخ المفيد، والشيخ الطوسي، والعلاّمة الحلي. راجع السيد العاملي: مفتاح الكرامة/ ٥،٣٢٧. أما فقهاء السنة فقد أجاز الأحناف ضمان الأعيان المغصوبة حيث قال عالمكير بادشاه الحنفي: تجوز الكفالة بتسليم المبيع وبالديون وبالأعيان المضمونة كالمغصوب والمهور في يد الزوج. الفتاوى الهندية: ٣، ٢٥٤. وقال ابن قدامة الحنبلي: «ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب، والعارية، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين» ابن قدامة الحنبلي: مغني المحتاج/ ٤، ٤٨٤.

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي: المصدر المتقدم/ ٤٠٩.

(٣) الذي استند إليه المحقق في قوله والاشبه الجواز.

(٤) ذكره ابن قدامة في امغني المحتاج/ ٤، ٤٨٠، وقال عنه: «رواه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن».

(٥) وقد منع الشافعي ضمان الأعيان المغصوبة في أحد قوليه معللاً ذلك (بأن الاعيان غير ثابتة في الذمة، وإنما يضمن ما يثبت في الذمة، ووصفنا له بالضمان إنما معناه: انه يلزمه قيمتها إن تلفت والقيمة مجهولة) ابن قدامة الحنبلي: مغني المحتاج/ ٤، ٤٨٤.

المغصوبة يوجب انتقال ضمانها من الغاصب إلى الضامن، وحينئذ، فلو انتقل الضمان فيكون بقاؤها بيد الغاصب من قبيل الأمانة، غايته أنه يجب على الغاصب إعادة العين إلى مالكها فوراً، وفي هذه الأثناء لو تلفت العين يكون ضمانها على الضامن الجديد لا على الغاصب.

نعم لو لم يرجع العين كانت يده الجديدة البقائية يد ضمان وعليه، فيكون ضامناً من جديد ولو تلفت في هذا الدور كان عليه بدلها.

وقد يعترض على المانعين من جريان الضمان في الأعيان المغصوبة، بأنه ما الفرق بين ضمان الدين فأجيز، وكان موجباً لانتقال الضمان من ذمة المديون إلى ذمة الضامن، وبين ضمان العين المغصوبة فمنع، ولم يكن موجباً لانتقال الضمان من ذمة الغاصب إلى ذمة الضامن.

وقد أجاب شيخنا الأستاذ (دام ظله) عن ذلك: بأن الدينار الكلي الذي لزيد في ذمة عمرو يكون من قبيل الكلي في المعين، فإذا جاء الضامن ليضمن ذلك الدينار كان محصل ضمانه هو: أن يكون الدينار الكلي في عهدة الضامن، وذمته، ولابد أن يكون وجوده في ذمة الضامن من قبيل الكلي في المعين كالأصل حيث كان في ذمة المدين، وحنيئذٍ، فيكون المضمون الذي في ذمة المدين غير الذي في ذمة الضامن، وإذا كان الأمر كذلك فلا يمكن القول بأن الدائن يملكهما معاً، الدينار الذي في ذمة المدين، والذي هو في ذمة الضامن.

ولا مخرج لنا إلاّ القول بأن ذلك الدينار الكلي الذي كان لزيد في ذمة عمرو يكون بواسطة الضمان قد انتقل من ذمة عمرو إلى ذمة الضامن. هذا في ضمان الدين، وأما في ضمان العين المغصوبة فلا يتحقق هذا المعنى ليحصل الضمان، وذلك، لأن ضمان المغصوب لا يخرج عن أن تلك العين في عهدة الضامن كما هي في عهدة الغاصب، والمالك لم يتبدل ملكه من عين إلى أخرى، كما تبدل مملوكه الكلي من كلي إلى كلي آخر، وأقصى ما في البين: أن هذه العين التي هي ملكه كانت في عهدة الغاصب فصارت في عهدة الضامن فكان المملوك له شيئاً واحداً وتوارد عليه

الضمانان بخلاف ضمان الكلي في الذمة، فكان المملوك الكلي الذي هو في ذمة المديون قد انطبق على هذا الكلي الذي هو في ذمة الضامن، ويكون المملوك للدائن هو ما في ذمة الضامن، وسقط ماله في ذمة المديون. وإن شئت فقل: أن الضامن يسحب الكلي الذي في ذمة المديون إلى ذمته وضامن العين وإن سحب العين إلى ذمته إلاّ أن ذلك لا ينافي بقاء نفس العين التي هي في يد الغاصب على ملك مالكها، وإن صارت أيضاً بعهدة الضامن فكان الضامن، والغاصب من قبيل توارد الأيدي.

ولو تنزلنا وقلنا: أن ضمان الكلي في ذمة المديون لا يزيد على ضمان العين الشخصية التي هي في عهدة الغاصب فلا يكون موجباً لكون الضامن الثاني مسقطاً للضمان عن الأول سواء كان ضمان الثاني باليد. أو بالجعل أن جوزناه إلاّ أن الإجماع، والأخبار الشريفة قضت بالانتقال في خصوص ضمان الدين دون ضمان العين، فلابد لنا من التفرقة بين الضمانين، وجعل ضمان الدين موجباً للانتقال دون ضمان العين المضمونة.

وعلى أي حال نعود إلى القول، بأن ممن أجاز ضمان الأعيان المغصوبة هو السيد الفقيه الطباطبائي(رحمه الله) حيث قال: (اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب، والمقبوض بالعقد الفاسد، ونحوهما على قولين ذهب إلى كل منها جماعة والأقوى الجواز) [1].

ومما وقع الاختلاف فيه من حيث الضمان هو:

ضمان الأمانة:

حيث يضمن الشخص الوديعة التي عند الشخص الآخر، وقد منعه كثير من الفقهاء متمسكين على ذلك بالإجماع، وقد نسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع [2].

---

(١) السيد كاظم اليزدي: العروة الوثقى/ كتاب الضمان، مسألة ٣٨.

(٢) وبذلك قال الأحناف، معللين عدم ضمان الأمانة، بأنها غير مضمونة لا عينها، ولا تسليمها. لاحظ لذلك الفتاوى الهندية: ٣، ٢٥٤، وأما الحنابلة فقد فصل فيها ابن قدامة الحنبلي في مغني المحتاج: بأن الآخذ إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك=

وقال المحقق(رحمه الله) في الشرائع: (ولو ضمن ما هو أمانة كالمضاربة، والوديعة لم يصح لأنها ليست مضمونة بالأصل)[١].

وهكذا نرى العلاّمة الحلي(رحمه الله) يمنع منه في قواعده[٢] وكذا المحقق الكركي في جامع المقاصد، والشهيد الثاني في مسالكه، وغيرهم.

أما السيد الطباطبائي فقد قال في عروته ما يلي: (وأما ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة، والرهن، والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته[٣]، والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً)[٤].

وربما كان الوجه في منع الضمان في الأمانة هو عدم وجود المضمون عنه في هذه الصورة، وحيث لابد من وجوده كما في ضمان الدين، فإن فيه أركاناً أربعة وهي:

المضمون له، وهو الدائن.

والمضمون عنه، وهو المدين.

والمضمون، وهي الدين.

= على ضامنه، وإن ضمنها إن تعدى فيها فظاهر كلام أحمد يدل على صحة ضمانها. لاحظ لذلك ابن قدامة الحنبلي: مغني المحتاج/ ٤، ٤٨٤.

(١) المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ كتاب الضمان، في الحق المضمون.

(٢) حيث يقول: (ولا ضمان الأمانة كالوديعة، والمضاربة). وعلق عليه السيد العاملي في مفتاح الكرامة قائلاً: (كما في الشرائع، والتحرير، والارشاد، وجامع المقاصد، والمسالك، ومجمع البرهان والكفاية) السيد العاملي: مفتاح الكرامة/ كتاب الضمان، ٣٧١..

(٣) استند المانعون من فقهاء المسلمين إلى أن الأمانة غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد وإنما الواجب على الأمين التخلية فقط. وعليه، فحيث لم تكن العين مضمونة على ذي اليد فكذا ليست مضمونة على الضامن.

(٤) السيد الطباطبائي: العروة الوثقى/ كتاب الضمان، مسألة ٣٨. وإنما قوى السيد(رحمه الله) هذا النوع من الضمان في الودائع لنفس ما استند إليه في الجواز في ما تقدم منه في المسألة (٣٧) من جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل لقول تعالى ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ سورة يوسف: الآية، ٧٢.

والضامن، وهو الشخص الجديد.

ومن أجاز الضمان في الأعيان المغصوبة ربما كان نظره إلى أن الضمان في الأعيان المغصوبة توجد فيه نفس هذه الأركان الأربعة، وهي:

المضمون له، وهو صاحب العين.

ومضمون عنه، وهو الغاصب.

ومضمون، وهو نفس المغصوب.

وضامن، وهو الشخص الجديد.

ولذلك يقال: لابد فيه من انتقال الضمان من الغاصب إلى الشخص الجديد. أما ضمان الأمانة فيفتقر إلى أحد هذه الأركان حيث لا يوجد فيه المضمون عنه، بل **يشتمل على أركان ثلاثة، وهي**:

مضمون له، صاحب الأمانة.

ومضمون، وهو نفس الأمانة.

وضامن، وهو الشخص الجديد.

أما المضمون عنه: فليس بموجود لأن من بيده العين أمين، ولا علاقة له بالعين ليكون شخص ضامناً عنه، وحيث لم توجد الأركان الأربعة بكاملها لم يكن الضمان في الأمانة جارياً.

وقال شيخنا الأستاذ (دام ظله) معقباً على هذا الوجه بأن: وجود الركن الرابع، وهو المضمون عنه غير ضروري في حقيقة الضمان، بل المدار في الضمان وتحققه هو وجود الأركان الثلاثة، وهي: الضامن، والمضمون له، والمضمون، على أنه (دام ظله) عقّب على الموضوع بقوله:

(على أننا يمكننا القول بأن ضمان الأعيان المغصوبة لا يشتمل على وجود المضمون عنه، لإمكان القول بأن ضمان العين المغصوبة لا يكون ضماناً عن الغاصب بل هو ضمان ابتدائي لا عن الغاصب بل عن المالك، وما هو إلاّ من قبيل ضمانك

للعين التي هي في قعر البحر لصاحبها بأن تتعهد بها، إما باخراجها أو بـأداء بـدلها في عدم الاحتياج إلى المضمون عنه. ولأجل ذلك لو أقدم شخص وغصب العين في يـد الغاصب يكون ضامناً لنفس العين لكنه ضمان ابتدائي منه لا عن الغاصب، وحينئذٍ، يكون الحاصل أن ضمان العين مطلقاً لا يدخل في حقيقة الـضمان عـن ضـامن، وإن ذلك إنما هو في ضمان الدين فقط، فإن الضامن يضمن الـدين الـذي في ذمـة الـدائن بخلاف ضمان العين التي هي في ضمان الغصب، فإن ضمانها. لا يكون عن الغاصـب فلا يكون موجباً لانتقال الضمان من الغاصب إلى الضامن).

ضمان الأعيان الشخصية:

والمقصود من الأعيان الشخصية، هي الأعيان التـي بيـد أصـحابها مـن دون أن تكـون أمانـة أو مغـصوبة، أو مقبوضـة بالعقـد الفاسـد، ومنهـا: أمـوال النـاس في متاجرهم. ولم يتعرضوا لهذا النوع لا نفياً، ولا إثباتاً، ولابـد لنـا مـن ملاحظـة هـذا النوع، وهل هناك مانع من جريان الضمان فيه أو لا؟

وعلى توسعة باب الضمان إلى أمثال هذا النوع يتوقف اندراج مبحث التـأمين في باب الـضمان، وإلاّ فلـو اقتـصر الـضمان عـلى مـا في الـذمم، أو الأعيـان المـضمونة كالغصب والعقد الفاسد فلا مجال لكون التأمين من أفراد الضمان.

وقد عرفت أن عدّ التأمين من صغريات الـضمان يتوقـف عـلى توسـعة الـضمان وشموله لكل فرد سواء كان المضمون ديناً أو عينـاً بيـد الغاصـب، أو أمانـة أو عينـاً شخصية خارجية بيد صاحبها، أو نفساً سواء كانت مملوكة أو غير مملوكة.

الضمان الإنشائي في الأعيان الخارجية:

وهذا النوع من الضمان على نحوين:

الأول: أن لا يكون في مقابل الضمان مـن الـضامن تعـويض بـشيء، بـل يقـدم الشخص على الضمان لغرض مـن الأغـراض فيقبـل المـضمون لـه بـذلك العـرض وتنتهي المشكلة.

الثاني: أن يكون في البين شيء يكون عوضاً عن هذا الضمان، يدفعه المضمون له إلى الضامن.

وتصوير ذلك: بأن يقول الضامن لصاحب العين ضمنت مالك لمدة عشرة سنين على أن تعوضني ديناراً عن كل شهر، فيقبل المضمون له. أو يكون الأمر بالعكس كأن يقول المضمون له: أدفع لك كل شهر ديناراً على أن تضمن مالي لمدة عشرة سنوات، ويقبل الضامن بهذا العرض.

وبتصحيح هذا النحو الثاني من الضمان الإنشائي في الأعيان الخارجية يتم لنا ما نريده من إدراج عملية التأمين في باب الضمان حيث توجد في هذا النحو نفس الأركان الموجودة في التأمين وهي:

الإيجاب والقبول:

والمؤمن عليه: وهو معبر عنه هنا بالمضمون، والذي هو العين الخارجية أو النفس.

ومبلغ التأمين: وهو موجود هنا حيث يجعل المضمون له تعويضاً يدفعه إلى الضامن ـ كما بيناه في المثال المتقدم ـ.

وبحصول هذه الأركان في عملية الضمان أمكننا إدراج التأمين في معاملة الضمان من هذه الجهة، ويبقى علينا البحث عن تصحيح الضمان الإنشائي في الأعيان الخارجية، والنظر إلى أن الضمان مقتصر على موارد خاصة كالضمان على الديون وبعض ما اختلف فيه كالمغصوب وغيره، أو أنه ليس بمقتصر على ذلك، بل يشمل جميع الأفراد؟

قال شيخنا (دام ظله) أن منطقة الضمان العقدي أوسع من الاقتصار على فرد دون آخر، فكما يجري في الديون كذلك يجري في الأعيان الخارجية من الأموال، والعقارات، وغيرها من النفوس مملوكة وغير مملوكة، فيمكن للشركة حينئذٍ، أن تضمن هذه الأشياء لأن الضمان ـ كما بيناه ـ ليس إلاّ التعهد وإدخال الشيء في العهدة، وهو اعتبار يقره العقلاء، حيث يدخل الضامن المضمون في عهدته، وحيازته.

ولإكمال ما ندعيه من هذه التوسعة لابد من ملاحظة أمرين:

الأول: الإجماع المدعى على أن يكون الحق المضمون مالاً ثابتاً في الذمة، وقد تقدم تفصيل الكلام في الإجماع فيما نقلناه عن السيد الطباطبائي في كتابه العروة الوثقى وغيرها.

الثاني: أن لا تكون في البين سفاهة ليكون ممنوعاً عنها.

ومن الواضح أنه لا سفاهة في معاملة التأمين، لأن القائمين بهذا النوع من المعاملات لا يقدمون على ذلك إلاّ بعد حساب الاستفادة من التجارب، واستفادة النتائج الناشئة من الحسابات الدقيقة التي تجريها تلك الشركات، وبعد تقدير ظروف الشخص وممتلكاته فلا يكون الإقدام من جانب الشركات سفهياً، وفي الوقت نفسه لا يكون إقدام الشخص من الطرف الآخر فيه شيء من السفاهة ذلك، لأن إقدامه على تأمين نفسه، أو ممتلكاته يبعث في النفس الاطمئنان على أن هناك من يعوضه عند حصول قدر يؤدي إلى تلف بضاعته أو يعوض الأسرة المنكوبة لو حدث به ما يؤدي إلى موته، وهذا المقدار من الطرفين «طالب التأمين» من جهة ـ والشركة ـ من جهة ثانية يعتبر عملاً عقلائياً.

وبذلك تتم معاملة التأمين، وأنها من جملة ما يندرج في باب الضمان لما بيناه من أن الضمان لا يخرج عن كونه تحمل للمسؤولية، وإدخال الشيء في حيازة الضامن من غير فرق بين الديون والأعيان الخارجية، والنفوس الحرة والمملوكة فبإمكان الشركة أن تضمن أموال الشخص، أو نفسه أو عبده على نحو ما بيناه في الضمان، وأن الأركان واحدة في كلتا المعاملتين ـ الضمان والتأمين ـ.

وقد يعترض على ذلك، بأن هذا النحو من المعاملات لا يخرج عن كونه معاملة إيقاعية لحصولها من طرف واحد، وهو الضامن ـ **الشركة** ـ لإقدامه على تحمل المسؤولية، وإلقائها على عاتقه.

وقد تصدى شيخنا الأستاذ (دام ظله) للإجابة عن ذلك، بأن هذا النوع من المعاملات ليس بمعاملة إيقاعية، بل أنها معاملة واقعة من الطرفين لأنها حاوية على

الإيجاب من طرف، والقبول من الطرف الآخر.

إذ أن توقيع (طالب التأمين) على ورقة العقد المقدمة له من قبل الشركة لإملائها والتوقيع عليها هو عبارة عن القبول منه للمعاملة، وتصدير الشركة لوثيقة التأمين، وتوقيعها هو عبارة عن إيجاب تلك المعاملة، وحينئذ، يكون محصل هذه المعاملة هو الضمان العقدي بشروط، ومنها دفع المضمون له الأقساط، وحينئذ، تكون الشركة بتوقيعها الورقة، وتسليمها للمضمون له هي الموجبة، ويكون المضمون له بأخذه الورقة، وتوقيعها هو القابل على خلاف ما تقدم سابقاً من كون الشركة هي القابلة وطالب التأمين هو الموجب لنستريح بذلك من كون شرط طالب التأمين الضمان على الشركة هل هو من قبيل شرط النتيجة أو شرط السبب [1]، وبذلك تخرج عن الإيقاعات فلا يكون الشرط في ضمنها من قبيل الشرط في الإيقاع الذي هو محل الإشكال، بل تكون من العقود مؤلفة من الإيجاب من ناحية الشركة، والقبول من ناحية المضمون له، إذ لو نزلناها على مجرد الإيقاع لكان الموقع لها هو الشركة، ولا وجه على كل حال لكون الابتداء من ناحية المضمون له لأن المنشأ هو الضمان، وإنما ينشئه الضامن دون المضمون له، ولو قلنا: بتحمل الإيقاع الاشتراط لأمكننا القول به هنا، ويكون المجعول هو ضمان الشركة بالشروط فإن قام المضمون له بالشروط كان اللازم على الشركة الوفاء بالضمان الذي أخذته على عاتقها، وإن لم يقم المضمون له بالشروط فليست الشركة ملزمة بالضمان، ولكنه لا يخلو عن إشكال لانحلاله إلى تعليق الضمان على الشروط، والتعليق باطل في المعاملة، فلابد من تنزيل هذه المعاملة على ما عرفت من الضمان العقدي ليكون الاشتراط فيها من قبيل الالتزام في ضمن الالتزام، كما هو الشأن في الشروط المأخوذة في المعاملة بين الطرفين من أحدهما على الآخر.

نعم: لا نحتاج إلى لفظ مخصوص بل يكفي فيها كل ما هو موجد لها.

ومن المعلوم، إن الإنشائيات من الأمور الاعتبارية التي لها تحقق في وعاء

---

(١) سيمر علينا تعريف موجز لهذين المصطلحين: شرط النتيجة، وشرط السبب، عند التعرض للبحث عن أعمال البنوك، والمصارف في البحث عن بيع العين المرهونة.

الاعتبار ومعنى إنشائها هو جعلها وإيجادها في عالم الاعتبار، وبأي سبب وأي لفظ أراد أن يوجدها الإنسان تنوجد، ولا تتوقف على لفظ خاص كبعت، وما شاكل بل تصح بكل لفظ يؤدي هذا المؤدى.

الخلاصة:

إذن، مما تقدم عرفت أن معاملتنا التأمينية قابلة للاندراج في باب الضمان ليجري عليها ما يجري على الضمان من أحكام، ولكن لو أبيت عن اعتبارها ضمانية لشبهة أن الضمان لا يكون إلاّ على ما في الذمم، وقد وقع الخلاف في بعض الموارد الأخر، وليس منها ضمان الأعيان الخارجية، فإن علينا عرض ما نحن فيه ـ أعني التأمين ـ على بقية المعاملات التي كان له وجود على عهد المشرع الإسلامي، لنرى مدى انطباقها عليها، حتى يمكن تجويزها لنا.

الهبة بشرط تحمل الخسارة:

لا الهبة بشرط الضمان، وإلاّ عاد الإشكال السابق في صحة ضمان الأعيان بل أن الشرط هو تحمل الخسارة التي تعرض للمضمون له الذي هو الواهب.

ويتصور هذا الوجه، بأن تتحمل الشركة الخسارة من مالها أو مما يجتمع عندها بحيث تتكفل بالخسارة إن حدث حادث بالمال أو النفس فيقول طالب التأمين:

وهبتك كذا مقداراً من المال شهرياً على أن تتحمل كذا مقداراً من المال خسارة لمدة عشرة سنوات ـ مثلاً ـ لو حدث حادث بمالي، أو نفسي، ويأتي دور الشركة لتقبل بهذه الهبة، وتسجل على نفسها ما اشترطه الواهب من تحمل الخسارة المذكورة فتكون الهبة من طالب التأمين إيجاباً منه، وموافقة الشركة تقريراً على نفسها بقبول هذه الهبة المشروطة، وليس هذا الشرط من الشرط المخالف ليبطل الشرط، وتقع الهبة غير مشروطة، بل هو شرط سائغ لا مانع فيه، ولو لاحظنا هذه الهبة المشروطة لرأيناها حاوية على نفس أركان التأمين لاشتمالها على الإيجاب والقبول، والمؤمن عليه: وهو النفس أو المال ومقدار الخسارة، وهو مبلغ التأمين.

وعليه فينزل التأمين على الهبة، ويكون من صغريات هذه المعاملة ويجري عليه ما يجري عليها من الأحكام.

الصلح بشرط تحمل الخسارة:

ومن جملة ما نعرض عليه معاملة التأمين هو باب الصلح، حيث يتصالح الطرفان على أن يتحمل أحدهما، وهو الشركة الخسارة التي تحل بالطرف الآخر، بشرط أن يدفع الطرف الآخر المقدار المعين من المال، ومن الممكن أن يكون الصلح واقعاً على أن يدفع طالب التأمين إلى الشركة مقداراً معيناً من المال في كل شهر ـ مثلاً ـ على أن تدفع الشركة خسارته لو حدث حادث بماله، أو كذا مقداراً من المال لو حل به موت أو تلف لعضو من أعضائه.

وبهذه الطريقة أمكننا أن نهرب من الضمان وإشكالاته فكان تحمل الخسارة هو المصحح لمعاملتنا التأمينية.

وليس هذا بجديد فقد ذكر السيد الطباطبائي (رحمه الله) لتصحيح ما لو اشترط ضمان العين المستأجرة على المستأجر بواسطة تحمل الخسارة، ومنعوا من تصحيح ذلك بالضمان فقال: (العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة فلا يضمن تلفها أو تعيبها، إلاّ بالتعدي أو التفريط، ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها، فالمشهور عدم الصحة، لكن الأقوى صحته، وأولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب لا بعنوان الضمان) [1].

ومن الواضح، أن هذه الطرق المذكورة من الهبة أو الصلح لا يفرق فيها بين أن يكون الموضوع ديناً أو عيناً خارجية أو نفساً لعدم وجود ضمان في البين لتأتي الاشكالات السابقة فيه.

هذا كله في الطريق الأول، وهو عرض المعاملة التأمينية على المعاملات التي كانت موجودة في الزمن السابق ليؤخذ حكمها من تلك المعاملات.

---

(١) السيد الطباطبائي: العروة الوثقى/ كتاب الإجارة، في العين المستأجرة بيد المستأجر.

عرض التأمين على القواعد:

وهل هناك وجه يصحح لنا ما نحن فيه؟ وذلك بأن نعتبر هذه المعاملة عقداً مستقلاً مؤلفاً من إيجاب وقبول، كما هو الحال في باقي المعاملات الإنشائية فتكون حينئذ مشمولة للعمومات الكتابية القاضية بالوفاء بالعقد. كقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (١). أو قوله عز وجل: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾ (٢).

بناءاً على أن أوفوا بالعقود لا يكون مختصاً بالعقود الموجودة سابقاً، بل هو جار في كل ما يتعاقد عليه الطرفان ما لم يكن فيه خلل ممنوع من قبيل الربا، ونحوه مما منعه الشارع المقدس، لأن القاعدة في كل عقد لزومه، ووجوب الوفاء، وإن لم يكن راجعاً إلى العقود الموجودة.

ولا يفرق في البين بالنسبة إلى الالتزام بألفاظ خاصة حيث تنشأ بها المعاملة سواء في الإيجاب أو القبول، ولا داعي إلى ذلك لأنك قد عرفت مما تقدم عدم اشتراط ذلك، ولا داعي للاقتصار على لفظ خاص بعد أن كان للمنشيء أن يبرز ما في نفسه بأي مبرز كان.

ولعل هذا الوجه هو أصح الوجوه المتقدمة، والذي يعتبر من قبيل المعاملة الشخصية لأنّا نرى التاجر يتطوع بطيب نفسه لتسجيل أمواله، ويوقع وثائق عديدة في هذا الصدد، وتنظم الشركة له كشوفاً على المال لو كان المؤمن عليه مالاً ويمكن مشاهدته، أو على النفس لو كان نفساً ويقر الطرفان ويعترفان بالتعاقد بينهما بموجب وثيقة تصدرها الشركة لهذا الغرض، وتذكر فيها جميع الشروط المطلوبة فتشتمل المعاملة حينئذٍ على الإيجاب والقبول والرضا من الطرفين، وفي الوقت نفسه تخرج المعاملة عن كونها معاملة سفهية لأن كلاً من الطرفين لا يقدم إلاّ بعد أن يضمن النفع لنفسه.

---

(١) سورة المائدة: الآية، ١.

(٢) سورة النساء: الآية، ٢٩.

كما إنها ليست بمعاملة غررية لو قلنا أن قوله (عليه السلام) نهى النبي عن بيع الغرر [1] شامل لهذا النوع من المعاملات لعدم وجود أي خطر فيها على المتعاملين.

عرض التأمين على الأصول العملية:

حيث يكون عرض معاملة التأمين عليها، ومن الطبيعي أن البحث في هذه المرحلة لا يتعدى كونه تشقيق المسألة من الوجهة العلمية. لأن الأصول العملية ليست إلاّ وظائف مقررة يرجع إليها الشاك عند العجز عن تحصيل الدليل الاجتهادي، ونحن قد صححنا هذا النوع من المعاملات بالوجوه السابقة فلا تصل النوبة حينئذٍ إلى التماس الحكم من الأصل العملي إلاّ أنّا ـ كما بينا ـ لو أردنا ملاحظة المسألة من الوجهة العلمية، لرأينا الأصل العملي لا يصحح لنا هذا النوع من المعاملات لأن أصالة الفساد ههنا تقتضي عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة لأنّا لو بقينا نحن والمعاملة مع عدم وجود ما يصححها فلا ندري أنها صحيحة ليترتب الأثر عليها، أو باطلة فلا يترتب عليها الأثر المطلوب، وفي مثل هذه الحالة يكون المرجع هو أصالة عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة.

تنبيهات:

ولابد لنا ونحن على أبواب الختام من التعرض لملاحظات توضيحية تبين لنا بعض الملابسات في هذا المقام، لذلك لابد من التنبيه على أمور:

---

(١) روي هذا الحديث بلسانين: أحدهما: بلسان النهي عن بيع الغرر. وثانيهما: النهي عن الغرر. أما الأول: فجاء من طرف الشيعة في الوسائل باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، حديث ٣، وفي مستدرك الوسائل: باب ٣١ من نفس الأبواب، ح١. وأرسله العلاّمة في التذكرة في القسم الثالث من أقسام البيوع المنهي عنها.

ومن طرق السنة فقد قال عنه في منتقى الأخبار هامش نيل الأوطار للشوكاني ٥، ١٦٦، رواه الجماعة إلاّ البخاري، وكذلك في صحيح الترمذي ٥، ٢٣٧، وكنز العمال ٢، ٢٢٩، ح ٤٩٢٠ و ٤٩٢٣.

وأما الثاني: فقد روته الشيعة، جاء في التذكرة في المسألة الثانية من الركن الثالث من الفصل الثاني من الإجارة، ومن طرق العامة ذكره ابن الأثير في نهايته مادة ـ غرر.

الأول: التأمين بالتقابل:

عرفنا مما مر علينا، أن عملية التأمين من الأعمال التجارية، والتي تكون مشمولة لعمومات الوفاء بالعقد، شأنها في ذلك شأن المعاملات الأخر مما ينطبق عليها (التجارة عن تراض) على نحو ما مر من الأعمال التي يقوم بها الطرفان الشركة من جهة، وطالب التأمين من الجهة الثانية.

وإلى ذلك أشار الأستاذ صالح حمود علوش، بعدما ذكر تعريفاً للتأمين قائلاً:

(والتعريف المذكور أعلاه ينطبق على التأمين في مقابل أجرة معينة.

وبعبارة أخرى: مقابل جعل يدفعه طالب التأمين للمؤمن، وغالباً ما يدفع الجعل على هيئة أقساط، ويقع التأمين عادى لدى إحدى الشركات، وهو من جانب الشركة عمل تجاري، أما من جانب طالب التأمين فقد يعتبر عملاً تجارياً أو مدنياً على حسب الأحوال) [١].

وقد عرفنا حكم هذا النوع من التأمين ولا غموض فيه، ولكن هناك نوعاً آخر من التأمين أشار إليه المؤلف المذكور بقوله:

(وقد يكون التأمين بالتقابل تفادياً لكارثة قد تلم بأحد أطراف التأمين، وصورة ذلك، أن تتفق جماعة من التجار على تكوين رأس مال مشترك لتعويض ما يحيق بأحدهم من الخسارة، وظاهر أن هذا النوع من التأمين يعد تجارياً أيضاً لأنه يؤدي إلى تجنب الخسائر) [٢].

ونحن مع هذا النوع من التأمين الذي يذكره المؤلف للفرق بينه وبين ما ذكرناه من تصحيح صورة التأمين سابقاً لأن ما سبق بيانه، هو أن تتحمل الشركة الخسارة بإزاء أن يدفع طالب التأمين مبلغاً معيناً من المال يتفق عليه الطرفان، أو يخرج ذلك على الصلح، أو العقد المستقل المشمول للعمومات الكتابية في الوقت الذي لا تكون

---

(١) صالح حمود علوش: التأمين/ ١١.

(٢) المصدر المتقدم، التأمين/ ١١.

هناك علاقة بين طالب التأمين والشركة، غاية ما في البين أن طالب التأمين عميل جديد، أمن عند الشركة على ماله أو نفسه بمبلغ متفق عليه بينهما، ففي الحقيقة طالب التأمين أجنبي عن الشركة وأعضائها، وأما هذا النوع الجديد والذي يكون التأمين فيه بالتقابل فإنه لا يتعدى عن كونه تضامن من أعضاء الشركة فيما بينهم على توزيع الخطر الذي عرض لمال أحدهم، أو نفسه فيما بينهم بنسبة خاصة تابعة لمقدار مال كل منهم ومقدار الرسم الذي يدفعه إلى الجمعية.

أما وجهة نظر شيخنا الأستاذ (دام ظله) في تصحيح هذا التأمين، فتنحصر بتخريجه على الصلح الجاري في كل تعاقد وتعاهد، أو يكون تصحيحه مبنياً على أساس كون ذلك التعاقد منهم داخلاً في عمومات الوفاء بالعقود والعهود.

ويكون المال المجموع من تلك الرسوم مشاعاً بين الجمعية، ويكون ريعه للجميع سواء كان ما يتلافى به الخطر الطارئ على أحدهم من نفس ذلك المال المشترك بينهم، أو كان من أموالهم الخاصة.

الثاني: التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح:

ويتضمن بيان نوع آخر من التأمين على الحياة، وهو الاشتراك في الأرباح التي تحصل عليها الشركة من الاستفادة بتلك المبالغ المتجمعة من المشتركين كما جاء في كتاب التأمين على الحياة الصادر من شركة مصر للتأمين تعريفة ٣ ما يلي: (التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح يدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن عليه، أو عند انتهاء مدة التأمين، وتدفع الأقساط لغاية الوفاة، وعلى الأكثر حتى انتهاء مدة التأمين، وللمؤمن الحق في الاشتراك والاشتراط في الأرباح بناءاً على نتيجة عملية تقدير الارباح، ويضاف نصيب كل وثيقة في الأرباح إلى مبلغ التأمين، ويدفع مع مبلغ التأمين عند استحقاقه سواء بالوفاة أو عند انتهاء التأمين).

وقد قرر شيخنا الأستاذ (دام ظله)، أن دفع المال في هذه الصورة من قبل طالب التأمين إلى الشركة لم يكن الظاهر منه أنه على نحو القرض منه لها ليكون ما تدفعه الشركة له فوائد ربوية بل هو نحو من المضاربة والتي هي عبارة عن أن صاحب المال

يدفع إلى الآخر مقداراً من المال ليعمل فيه بالبيع والشراء، والربح على حساب ما شرطاه على تفصيل، وشروط مبينة في محلها.

وعلى هذا التنزيل، يكون هذا النوع من التأمين باطلاً لعدم توفر الشروط المطلوبة في المضاربة فيه، إذ من جملة الشروط المطلوبة فيها أن يكون المدفوع من الذهب أو الفضة المسكوكين وطبيعي أن ذلك لا يتوفر غالباً في هذا النوع من المعاملات.

نعم: يمكن تصحيح، ذلك بما قدمناه في تامين البضائع من القول بكون المدفوع من قبل ـ طالب التأمين ـ هبة منه لهم إزاء قيامهم بهذه الشروط المذكورة، والتي يمليها الطرفان في وثيقة العقد فيصح ذلك، ويكون من قبيل الهبة المشروطة، وعند تخلف الشرط للواهب فسخ الهبة واسترجاع ما دفعه إليهم.

الثالث: موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين:

تقدم أن بينا فيما سبق أنه من الصعب حصر أنواع التأمين في أفراد معينة، والمهم هنا، بيان أننا نتمكن أن نتخلص من ملاحظة تلك الأنواع أن كثيراً منها لا تترتب عليه فوائد تدفعها الشركة لطالب التأمين ـ فمثلاً ـ، في التأمين على الأموال التجارية تستعد الشركة بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بين الطرفين عند حدوث الخطر المؤمن ضده، كالحريق، والغرق، أو السرقة، وما شابه.

ولكن هناك في بعض الأنواع الأخر تقوم الشركة بدفع فوائد سنوية أو شهرية إضافة إلى مبلغ التأمين المتفق على تسليمه إلى طالب التأمين عند حدوث الخطر.

وعلى سبيل التوضيح، نمثل لذلك مثالاً فنقول:

رجل أمن على حياته عند شركة التأمين لمدة عشرين سنة على مبلغ قدره ألف دينار فإن الشركة تستوفي منه أقساطاً شهرية قدرها خمسة دنانير في قبال دفعها المبلغ المذكورة عند حدوث قدر عليه في ضمن المدة إلى ورثته أو دفعه له عند انتهاء المدة المذكورة، وبهذا المقدار لا تختلف شركات التأمين.

وإنما الاختلاف في أن بعض الشركات ترغيباً منها لما تقوم به من التأمين تلتزم بدفع بعض المبالغ إضافة إلى مبلغ التأمين، وحينئذٍ فلابد من معرفة حكم هذه الزيادة، وهل أنها فائدة ربوية أو لا؟

ويؤيد ذلك ما جاء في اختيار رقم (١) لدفع الفوائد [1].

(تدفع فائدة سنوياً أو نصف سنوي، أو ربع سنوي أو شهرياً بمعدل ٣٪ بالنسبة على المبلغ الذي تحتفظ به الشركة، ويكون أول دفعة من الفائدة في نهاية السنة أو نصف السنة، أو ربع السنة، أو ربع الشهر حسب طريقة دفع الفوائد المختارة، وعند وفاة المستحق يدفع المبلغ الذي تحتفظ به الشركة مع ما يكون قد تجمع عليه من فائدة إلى القيّمين على تركته، أو منفذي وصيته ما لم ينص إشعار الاختيار على خلاف ذلك).

وكثير من مصادر التأمين صرحت بوجود أمثال هذا النوع من التأمين.

ويرى شيخنا الأستاذ (دام ظله)، أن هذه الزيادات المدفوعة ما هي إلاّ فوائد ربوية، لأن هذا النوع من المعاملات منزل على القرض الربوي، حيث يكون دفع المال من قبل المؤمن له، والذي هو طالب التأمين قرضاً إلى الشركة وتكون دفع الفوائد إنما هي في قبال المال الذي أقرضه إلى الشركة.

وطبيعي أن هذا النوع من التأمين يكون مشكلاً من الوجهة الشرعية، ولا يمكن توجيهه ما دام أن المعاملة نزّلت على صورة القرض، وأخذ الفائدة في قبال ذلك، فإن هذه معاملة ربوية، ولا طريق إلى تصحيحها بإحدى الطرق الشرعية والتي تسوغ مثل هذه المعاملات فراراً من الربوية [2].

---

(١) من نموذج لبوليصة صادرة من الشركة الأمريكية للتأمين على الحياة.

(٢) وطبيعي أن هذا إنما يكون بالنسبة إلى الشركات الأهلية حيث يكون أخذ الفائدة رباً، وأما لو كانت الشركات حكومية فالمسألة تبتني على القول بمالكية الدولة. فمن لا يرى من الفقهاء مالكيتها لما تحت يدها من الأموال فإن المأخوذ منها بعنوان الفوائد إنما هو من المال المجهول المالك، ويعود أمر التصرف به إلى الحاكم الشرعي، وبالإمكان تصحيحه بأخذ الإجازة منه للتصرف بذلك المال. أما من يرى مالكية الدولة فإن الشركات الأهلية، وغيرها من هذه الجهة على حد سواء، ويكون أخذ الفوائد منها من مصاديق الفوائد الربوية.

الرابع: إعادة التأمين:

ويتضمن هذا التنبيه البحث عن موضوع إعادة التأمين. فقد أخذت بعض شركات التأمين تقوم بإعادة التأمين لدى شركات أوسع منها، وإنما تلجأ شركات التأمين إلى هذا النوع من الإعادة لتوزيع الخطر على عدة أشخاص دون الاقتصار على جماعة معينة ولتتوزع الخسارة فيما لو حدث الخطر المؤمن ضده.

ولم ير شيخنا الأستاذ (دام ظله)، بأساً في هذه الإعادة لأن ما بيناه من الوجوه السابقة لتصحيح معاملة التأمين تجري هنا أيضاً فتكون شركة التأمين بمنزلة طالب التأمين والشركة الجديدة هي المؤمن الجديد في هذه المعاملة الجديدة، وهكذا الحال فيما لو تعددت الشركات في الإعادة فكل معاملة يشملها «الوفاء بالعقود» وتصحح ما تعاقدت عليه جديداً، أو انها تكون من تحمل الخسارة بالطرق التي تقدم ذكرها[1].

---

(١) عملية إعادة التأمين لم تكن جديدة، ومستحدثة بل قد تحدثت بعض المصادر التأمينية بأن أقدم وثيقة لإعادة التأمين ترجع إلى عام (١٣٧٠) ميلادية، وفي أوائل القرن التاسع عشر بدأت إعادة التأمين تمارس بطريق منظمة مستندة على أسس، وقواعد فنية، وقد ظهرت اتفاقات إعادة التأمين، وكان أول اتفاق عقد صدر في سنة (١٨٢١) ميلادية، ومن ثم توسع نطاق التعامل بالاتفاقات، وفي عام (١٨٥٣) تكونت أول شركة مستقلة متخصصة في إعادة التأمين، وكانت شركة ألمانية هي شركة (كولونيا) لإعادة التأمين. راجع لذلك التأمين علماً وعملاً/ ٥٢٣. وتسمى هذه العملية بالاصطلاح الذي تنظمه المصادر التأمينية (إعادة التأمين)، أو (التأمين المضاعف).

وفي الحقيقة لا تختلف هذه العملية عن عملية التأمين في كافة مراحلها وعلى نفس المبادئ التي قامت عليها شركات التأمين من الأخذ بمبدأ توزيع الخسائر وتحمل الأخطار. تقوم فكرة إعادة التأمين حيث تتسع رقعة المسؤولية فتشمل أكبر عدد في هذا المضمار، ويكون ذلك عاملاً مهماً في زيادة عدد الشركات التأمينية حيث تخف نسبة الخسارة عن المجموع. فكما أن الفرد يجد من يقف بجانبه عند حلول الخطر لو تعاقد مع شركة تأمينية، فكذلك شركة التأمين تجد من يأخذ بيدها لو حصلت المخاطر، والكوارث لتوزع الخسارة على أكبر عدد ممكن. ولا يختلف عقد إعادة التأمين من الناحية الفقهية عن نفس عملية التأمين، ومن جهة كل الأخطار أو جزئها لا يختلف الحكم لو حصل التعاقد بين الشركتين بعد أن صححت بشمول (الوفاء بالعقود) لها أو (الهبة بشرط تحمل الخسارة) فإن حجم المعقود عليه سعة وضيقاً لا يؤثر في المعاملة بعد القول بصحتها.

اليانصيب

اليانصيب حقيقته، اليانصيب غير المعوض، اليانصيب المعوض، بذل المال بإزاء البطاقة، صلاحية أخذ الأموال المجموعة، حلية الجوائز في عملية اليانصيب الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات:

الوجه الأول: الآيات الكريمة، الوجه الثاني: الروايات الشريفة، الوجه الثالث: اعتبار هذا النوع من المعاملات سفهياً، الوجه الرابع: اعتبار هذا النوع معاملة غررية، الوجه الخامس: كون هذه المعاملة قمارية، الوجه السادس: اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام، النتيجة، الخلاصة.

اليانصيب حقيقته:

اليانصيب: عملية يتوخى من ورائها جمع المال أو تفريقه لغرض ما عن طريق بيع أو توزيع رقاع تحمل بعضها، أو يحصل على جائزة معينة بطريق خاصة تعين بمواضعة أو عرف خاص، وهو على نوعين:

١ـ غير معوض.

٢ـ ومعوض.

١ـ اليانصيب غير المعوض:

فهو ما كان يصنعه بعض الناس في المناسبات حيث تكتب أوراق صغار تحمل أسماء بعض الجوائز، وتوضع بين الأوراق الخالية البيضاء أو تكون الأوراق كلها قد كتب عليها جوائز تختلف في حد ذاتها، ويقال لذلك حفل خاص يعقد لأجل تلك المناسبة من زفاف أو ميلاد أو ما شاكل من مناسبات الأفراح وتنثر الأوراق على الجالسين ليأخذ كل نصيبه.

وقد ذكر المؤرخون لذلك قضايا عديدة:

منها: ما صنعه المأمون حينما عقد ولاية العهد للإمام علي بن موسى الرضا(عليه السلام).

ومنها: ما حصل في عصر الدولة الفاطمية سنة (٥٠٠هـ) وما حولها من نثر الفستق الملبس بالذهب، أو مقدار من المال، ويسمى ـ بافطن له ـ لأن بعض الخدم أشار إلى بعض الحاضرين بالأخذ منه بقوله: ـ افطن له ـ أي التفت إليه، وخذ منه فإن فيه من الذهب والمال، ومن الواضح، أن هذا النوع من اليانصيب لا يقابله شيء يدفعه الطرف الآخر بل هو تبرع من الشخص بما يملكه لآخرين.

والنظر فيه من الوجهة الشرعية تتوقف على معرفة حقيقة القمار، وهل أن هذا النوع من التبرع يكون مشمولاً له أو لا؟

وسيظهر لنا ذلك من ثنايا أبحاثنا الآتية إن شاء الله.

٢ـ اليانصيب المعوض:

واليانصيب المعوض: قد شاع أخيراً في هذه العصور وتصويره: أن تتألف لجنة خاصة تأخذ على عاتقها طبع عدد معين من (البطاقات) تحمل كل بطاقة رقماً خاصاً، ويحدد سعر البطاقة وتعرض في الأسواق فيقبل الناس على شرائها بعد أن تضع اللجنة جوائز خاصة لمن يخرج السحب الأول، والثاني والثالث، أو أكثر على رقمه.

وطبيعي أن اللجنة تحدد تأريخ السحب وموعده، وبقية ما يتعلق بهذه العملية من شؤون.

ولا تقتصر الجوائز على النقد بل قد تكون بضاعة، فهناك بعض من يجري عملية اليانصيب على سيارة، أو حاجة أخرى عينية فيجعلها جائزة لمن يربحها بعد أن يحدد البطاقات التي يبيعها لهذا الغرض.

والمهم، في هذا البحث، هو معرفة الوجه الشرعية لهذا النوع من المعاملات المستحدثة، وهل أن الشارع المقدس يصحح ذلك أم لا؟ فنقول:

أما الاشكال الذي يدور في الأذهان حول عدم شرعية هذا النوع من المعاملات فيقع في جهات أربع، وهي:

الأولى: في بذل المال بإزاء البطاقة، وما يقابل المدفوع.

الثانية: في صلاحية اللجنة لأخذ الأموال المجتمعة من ثمن البطاقات.

الثالثة: في حلية المال لمن يخرج السحب على رقمه، وجواز تصرفه فيه.

الرابعة: في الوجوه المذكورة لفساد هذا النوع من المعاملات.

١ـ بذل المال بازاء البطاقة:

الجهة الأولى: والتي هي بذل المال بإزاء البطاقة، وما يحصله الدافع للمال في مقابل هذا الدفع والإعطاء ففيه وجوه:

الوجه الأول: أن يكون بذل المال بإزاء نفس البطاقة، ويكون البيع والشراء واقعاً على هذه الأوراق، ولكنه مشروط بالسحب أي إجراء عملية السحب ويكون

كل من الطرفين، قد دفع شيئاً في قبال ما أخذ فصاحب المال، قد دفع المال بإزاء هذه الورقة، والتي يترتب عليها حق الدخول في جملة من يجري السحب على أرقامهم.

والبطاقة، وإن كانت في حد نفسها لا قيمة لها، إلاّ أنها مما يترتب عليها شيء له أهميته عند العقلاء، وهو ما بيناه من حق الدخول في عملية السحب ونفس ترتب هذا الأثر على هذه الأوراق يكسبها قابلية مبادلتها بالمال بنحو الصلح أو البيع أو غيرهما من أنواع المعاوضات، وليس هذا بغريب، فرب شيء لا يكون بنفسه قابلاً للمبادلة إلاّ أن قابليته لذلك إنما تكون نظراً إلى ما يترتب عليه من الآثار المعتد بها عند العقلاء، وإن كان ذلك بجعل من ظالم ـ ومثال ذلك ـ «طوابع البريد» و (طوابع المالية) فإن هذه من حيث هي أوراق لا أهمية لها إلاّ أن أهميتها بالنظر إلى الأثر المترتب عليها من إيصال رسائل أو إعطاء الصفة الرسمية للأوراق التي تلصق عليها.

وهكذا إجازات الاستيراد التي تمنحها الحكومة إلى التجار حيث تخول حاملها من استيراد البضاعات المختلفة من الخارج.

ويأخذ الشخص الممنوح له تلك الإجازة ليبيعها إلى الآخرين، وتكون تلك الورقة قابلة للمعاوضة عليها بالمال نظراً لما يترتب عليها من الأثر المرغوب لدى العقلاء فيستورد هذا الشخص الكميات المسموح له بنقلها من خارج البلاد بينما يحرم غيره من هذا النفع.

ولهذا لو تخلف البائع أو اللجنة في مقامنا هذا من إجراء السحب كان للمشتري **سلوك أحد طريقين:**

الأول: إلزام اللجنة بالسحب بأي صورة كانت.

الثاني: فسخ تلك المعاملة البيعية، أو الصلحية، واسترجاع ماله، وهذا الشرط وأعني به الدخول في السحب، وإن لم يصرح به في متن العقد إلاّ أنه من قبيل الشروط الضمنية المستفادة من القرائن الحالية، أو من تباني العقلاء المتعاملين على ذلك بدرجة توجب المفروغية عن اعتباره وعند التخلف يكون حاله حال تخلف

المشروط عليه عن الشرط.

الوجه الثاني: أن يكون نفس الأثر المذكور طرفاً للمعاوضة لا البطاقة المترتب عليها الأثر فيبذل الإنسان المال بإزاء ذلك الحق الذي يخوله من الدخول في عداد من يجري السحب على أرقامهم.

ولا منافاة في ذلك، فإن هذا المقدار من الحق جهة اعتبارية قابلة لبذل المال بإزائها ـ كما عرفته ـ في الوجه الأول، وتكون الورقة بمثابة الرمز المادي لهذا الحق لمن يخرج السحب على رقمه.

الوجه الثالث: ويتصور ذلك فيما لو كان هدف الجمعية مشروعاً خيرياً كبناء مستشفى، أو دار للأيتام، أو مكتبة عامة، أو ما شاكل هذه من المشاريع التي تعود إلى أبناء المجتمع بالنفع.

وفي هذه الصورة، يمكن تصور أن الباذل يجعل المال أمانة بيد الجمعية تتصرف فيه لصالح ذلك المشروع مع بقائه على ملكه حتى يطرئه الاستهلاك، إذ لم يكن همُّ الباذل في هذه الصورة إلاّ المساعدة الصرفة لتلك الجمعية من دون أن ينتظر من وراء ذلك الحصول على الجائزة.

وفي الوقت نفسه، لا يمتنع عن قبولها لو خرج السحب على رقمه.

الوجه الرابع: نفس الوجه الثالث، إلاّ أن المال يدفعه الباذل إلى اللجنة كصدقة منه بأيديهم يتصرفون بها لصالح المشروع الخيري.

وهناك بعض الآثار المترتبة على هذين الوجهين الثالث، والرابع، نتعرض لهما في الجهة الثانية ـ إن شاء الله ـ.

الوجه الخامس: ويتصور في اليانصيب الذي يجريه البعض على بضاعته كداره، أو سيارته حيث يريد بيعها بطريقة اليانصيب ففي هذه الصورة من الممكن أن لا تكون في البين معاوضة بين المال والبطاقة بل يمكن تنزيله على أن الشخص يقدر القيمة التي يريدها ثمناً لحاجته فيعتبر ـ السيارة ـ ألف حصة ويسعر الحصة ديناراً

واحداً فتكون كل بطاقة معبرة عن حصة واحدة بنسبة الواحد إلى الألف، وبعد بيع تمام ـ البطاقات ـ تكون السيارة مشاعة بين الجميع وهم أولئك الألف، وتكون البطاقة بيد كل منهم كسهم يعبر عن مالكية حاملها لحصة واحدة من ألف حصة من هذه السيارة وتكون أعمال اليانصيب بالكيفية الخاصة كشرط من الدافعين على صاحب السيارة حينئذٍ فتكون تلك البضاعة بتمامها بعد الشرط المذكور ملكاً لمن يخرج السحب على رقمه وتسقط حصص الباقين بنحو التباني من الجميع على ذلك بما فيهم أصحاب البطاقات وصاحب السيارة.

وهذه الوجوه الخمسة، وربما تصورنا غيرها هي التي تصحح لنا بذل المال بإزاء البطاقة ولعل أهمها الوجهان الأولان: وعليهما ينزّل نوع بناء المتعاملين في معاملات اليانصيب المتداولة، والوجوه الأخر فروض يمكن تنزيل بعض معاملاته عليها وهي نادرة نسبياً.

٢ـ صلاحية أخذ الأموال المجموعة:

الجهة الثانية: وقد عرفت أن البحث فيها يكون في صلاحية أخذ تلك الأموال المجموعة من ثمن البطاقات، وما هي الصفة التي تخول الآخرين باستلام تلك المبالغ؟

والكلام في هذا البحث، إنما يتأتى إذا كان طرف المعاملة في اليانصيب جهة أو هيئة، أما إذا كان الطرف الثاني، فرداً كما في مثال السيارة المتقدم الذكر فالأمر فيها هين لأن الفرد بعد صحة المعاملة لا شبهة في صحة تسلمه المال المذكور، وتملكه اياه.

ويتصور البحث في هذه الجهة على وجوه:

الوجه الأول: أن نقول بمالكية الجهة وأن الجهات، تملك كما يملك الفرد، فالجهة حينئذٍ، تتصرف في ذلك المال كيف تشاء حسبما تقتضيه المصلحة المأخوذة بنظرها، وهذا إنما يتم مع فرض أن المتولي منصوب من قبل الحاكم الشرعي نظير الوقف كما هو التحقيق في ذلك.

الوجه الثاني: أن يكون المبلغ المدفوع لهم كأمانة بأيديهم للتصرف به لو كان المشروع خيرياً ـ كما مثلنا به سابقاً ـ فيبقى الدينار المدفوع إلى اللجنة أمانة بيد الجمعية وتتصرف فيه حسب وكالتها عنه فهو ملكه، وهم مأذونون عنه في التصرف لصرفه في تلك الجهة الخيرية فيبقى الدينار، أو ما تشتريه اللجنة من المواد بذلك الدينار ملكاً لدافعه إلى أن يطرأ الاستهلاك عليه كما يستهلك المأكول.

وينتقل هذا الحق إلى الورثة لو مات الدافع قبل تحقق الاستهلاك، ولكل من الدافع، أو الورثة الحق في الرجوع لغرض كون المال أمانة بيد الجمعية أو اللجنة.

الوجه الثالث: أن يكون استلامهم للمال كصدقة بأيديهم فيتصدق الإنسان بدينار لهذه الجهة الخيرية، ولا يكون من قبيل الوقف بل للجمعية التسلط على تبديله بما تشاء على أن يحافظ الدينار، أو ما يقابله من المثمن على عنوان الصدقة إلى أن يطرء الاستهلاك.

ويحتاج القبض من اللجنة لمثل هذه الصدقات إلى الإذن من الحاكم الشرعي بحيث يخولهم باستلام هذا النوع من الصدقات.

وحيث صححنا دفع المال بإزاء البطاقة، وصححنا استلام اللجنة المشرفة على اليانصيب لتلك الأموال فلابد من البحث عن:

٣ـ حلية الجوائز في عملية اليانصيب:

والجهة الثالثة: وهي حلية المال الموضوع جائزة لمن يخرج السحب على رقمه. والظاهر أنه لا مانع فيه لأن حال هذا يكون حال من قرر على نفسه أن يجعل مقداراً من المال في ظرف، ويخلطه بين عشرين من الظروف الخالية ويدفع لكل شخص ظرفاً فمن خرج عنده الظرف الذي فيه المال فهو له، ويكون هذا من قبيل الوعد، أو الشرط الابتدائي حيث يخرج من خالص ماله كذا مقدار ليهبه لواحد من هؤلاء العشرين على أن تكون الهبة بهذا النحو الخاص، ولا إشكال فيها لأنها هبة معاطاتية بمعنى أنه عند خروج الجائزة على رقمه يدفع المال له ويعطيه إياه مجاناً.

وليس المراد أنه يهبه الجائزة قبل السحب ليقال ببطلان هذه الهبة لعدم تعيين المتهب فيها، كما أنه ليس المراد من هذه الجائزة المالية أن تكون ملكاً لمن يخرج رقمه أولاً على نحو شرط النتيجة بحيث يكون الشخص مالكاً لتلك الجائزة بمجرد خروجها على رقمه من دون حاجة إلى تمليك جديد ليقال: أنه قمار لكونه من قبيل (إن عرفت ما في يدي زوجاً أو فرداً فهو لك)، أو من قبيل إعمال أداة اليانصيب المسماة ـ بالفرارة ـ في أنها إن وقفت على الحاجة الفلانية يكون أحد الطرفين مالكاً على الآخر تلك الحاجة، بل المراد أنه يملّكه هذه الجائزة إن خرج السحب على رقمه بنحو شرط السبب، وإنه قبل السحب ليس له إلاّ الوعد الابتدائي بالهبة على نحو الكيفية الخاصة، وإن وقوع الهبة خارجاً إنما يكون عند خروج الورقة المرسوم عليها نفس الرقم الموجود عنده.

واعلم، أن هذا المعنى الذي سميناه وعداً، أو شرطاً ابتدائياً لا إشكال في صحته لو أخذناه شرطاً في ضمن عقد البيع للورقة بالدينار إن نزّلنا دفع الدينار عند أخذ الورقة على ذلك، أو جعله شرطاً في ضمن العقد للهبة إن نزّلنا دفع الدينار على الهبة المشروط بأن يملكه الجائزة إن خرج رقمه في السحب الأول.

ولا يضر ذلك في الاشتراط كون البيع، أو الهبة من قبيل المعاطاة لأن ذلك الشرط مما قرره الملتزم على نفسه بالسحب عند إعلانه بذلك بأن يكون محصل ذلك الإعلان أنه من اشترى مني ورقة بدينار، أو وهبني الدينار فله عليَّ أن أدخله في جملة من يجري السحب على أرقامهم، وأملكه الجائزة لو خرجت على رقمه.

ولنا أن لا نلتزم بكون هذه المعاملة من قبيل الصلح أو غير ذلك ولو من جهة أن الداخلين في هذه المعاملات لا يتصورون ولو إجمالاً عند أخذ الورقة ودفع المال ما ذكرناه من التسالم.

بل نقول، إن دفع المال بإزاء ذلك الحق على التفصيل الذي ذكرناه، وبهذا يمكننا تصحيح هذه المعاملة واعتبارها معاملة بيعية بنحو جديد، وإن لم تكن من المعاملات المعروفة في البيع لاشتمالها على الايجاب والقبول.

ايجابها نفس الإعلان المذكور.

وقبولها أخذ الدينار ودفع البطاقة بالشرط المذكور، وهو تقرير الملتزم على نفسه بإدخال المشتري في عملية السحب.

ويمكن التمسك على صحتها بـ (عمومات الوفاء بالعقود) و (التجارة عن تراض) إذ لا يعتبر في التجارة عن تراض تحقق معاوضة من ناحية الملكية كالبيع بل هي معاملة قائمة بين الطرفين الواقعة برضاهما، كما أنه ليست هذه المعاملة من قبيل الأكل بالباطل.

كل ذلك سيتضح لنا في البحث عن الجهة الرابعة الآتية:

٤ـ الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات:

والجهة الرابعة: كانت تتمحض لبيان الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات وهي:

الوجه الأول ـ الآيات الكريمة:

ومنها: قوله تعالى ﴿**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾ (١).

بدعوى، أن هذا الأكل ليس بداخل في التجارة عن تراض، فإن المراد بالتجارة هي الأسباب الشرعية التي جعلها الشارع المقدس واعتبر من جملة تلك الأسباب «التراض»، ومن الواضح، أن هذه الطريقة ليست من تلك الأسباب المقررة فتكون داخلة في القسم الأول، أعني الأكل بالباطل لأن الآية الكريمة اشتملت على مقطعين النهي عن الأكل للمال بالباطل والاستثناء لكون المأكول يصح إذا كان من طريق التجارة عن تراض.

والجواب: عن الاستدلال بهذه الآية المباركة:

---

(١) سورة النساء: الآية، ٢٩.

أولاً: بالمنع من عدم دخول ما نحن فيه في التجارة عن تراضٍ. فإن الظاهر بقرينة المقابلة في الآية الشريفة بين أكل المال بالباطل وأكله بالتجارة كما في صريح الآية، والتي هي معاملة حاصلة برضاء الطرفين هو، أن المراد بأكل المال الباطل هو أكله بغير طريق المعاملة الواقعة برضاء الطرفين فكل معاملة واقعة برضاء الطرفين هي داخلة في القسم الثاني.

وثانياً: أنا لو سلمنا أن المراد بالأكل بالباطل هو الأكل بدون سبب من الأسباب الشرعية المسوغة للأكل. إلاّ ان هذه المعاملة من الأسباب الشرعية المسوغة للأكل فهي خارجة عنها تخصصاً لكونها من العقود التي يجب الوفاء بها أخذاً بالآيات الكريمة من قوله تعالى ﴿**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ [1].

وقد سبق توفر أركان العقد فيها من الإيجاب، والقبول.

ومن جملة الآيات، التي استدل بها لبطلان هذه المعاملة آية الاستقسام بالأزلام ونظراً لطول البحث عنها فقد عقد لها شيخنا (دام ظله) فصلاً خاصاً بعنوان خاص سيتعرض له فيما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الوجه الثاني ـ الروايات الشريفة:

ومن جملة ما استدل به على فساد معاملة اليانصيب الروايات الشريفة، والتي منها قوله عليه السلام: (لا يحل مال إلاّ من وجه أحله الله تعالى) [2] بتصوير:

أن هذه المعاملة لم يكن لها وجود في زمن النبي(صلى الله عليه وآله) ولا في زمن خلفائه الطاهرين(عليهم السلام).

ومن الطبيعي، أنه ما لم تثبت سببية المعاملة، وصحتها من جانب الشارع المقدس لم يكن المال المتحصل منها داخلاً في الاستثناء، وهو قوله (عليه السلام) «من وجه أحله الله تعالى».

---

(١) سورة المائدة: الآية، ١.

(٢) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٩، ٥٣٨، ح٢، باب وجوب إيصال حصة الإمام من الخمس...

وعليه فهذه المعاملة باقية تحت عموم المستثنى منه، وهو قوله «لا يحل مال» فهي باطلة وليست بحلال.

والجواب عن هذه الرواية هو، أن دخول هذا النحو من المعاملات تحت عموم (أوفوا بالعقود)، وعموم (تجارة عن تراض) كافٍ في دخول المال المتحصل منها تحت كونه من (وجه أحله الله تعالى) لكونهما محققين لموضوع الحل ورافعين لموضوع حرمة الأكل.

وفي الحقيقة، أن هذا الخبر لا ينفعنا فيما نحن فيه بعد تطبيق العمومات المذكورة على معاملاتنا وتحقيق موضوعها.

نعم، ينفع الخبر المذكور في مقام الشك في حلية المال من دون أن يكون في البين عموم حاكم بالحلية، ويكون ذلك عبارة أخرى عن أصالة الحرمة في الأموال بناءاً على أن تعليق الحلية، والتي هي حكم ترخيصي على عنوان وجودي أعني كون المال «مما أحله تعالى» يعطي اعتبار إحراز ذلك العنوان الوجودي في ذلك الحكم الترخيص. فما لم يكن ذلك العنوان محرزاً لا يكون الترخيص محققاً ـ كما حقق في محله ـ من أصالة الحرمة في الأموال، والدماء، والفروج بل في اللحوم أيضاً.

وقد كان لنا رأي حول هذا المبنى تعرضنا له في مظانه من دروس الفقه والأصول.

الرواية الثانية: قوله (عليه السلام) (لا يحل مال امرء إلاّ بطيب نفسه) [1].

بدعوى: أن هذا المال الذي يعطى جائزة لمن خرج السحب على رقمه لم يكن خارجاً بطيب نفس مالكه، فلذلك يبقى مشمولاً لصدر الرواية من عدم الحلية.

والجواب عنه: إنّا بعد أن صححنا هذه المعاملة من بذل المال بإزاء البطاقة وتصحيح أخذ اللجنة لتلك الأموال المجموعة من ثمن البطاقات، واعتبرنا أن ذلك كله حاصل برضا الطرفين وطيب نفسيهما فلم يكن أخذ المال بعد ذلك كله جائزة

---

(١) لاحظ لتخريج الحديث تعليقة السيد المقرم في محاضرات في الفقه الجعفري ٢/ ١٥٢.

باقياً تحت عموم المستثنى منه بل هو داخل في المستثنى.

وفي الوقت نفسه، ليس عدم رضا المالك بعد تمامية المعاملة لو سلمنا أنه فعلاً ليس براضٍ إلاّ من قبيل عدم رضا البائع بتسليم المبيع للمشتري بعد تمامية المعاملة.

الوجه الثالث ـ اعتبار هذا النوع من المعاملات سفهياً:

وقد ادعي، أن هذا النوع من المعاملة سفهي لأنه من قبيل بذل المال بوجه لا يعتبره العقلاء ولا يقرونه، فإن دفع المال لاحتمال تحصيل الجائزة بنسبة واحد إلى الألف أو أكثر حسب ما يطبع من البطاقات خصوصاً في هذه الأيام حيث يضخم عدد البطاقات أمر سفهي لا يرتضيه العقلاء ولا يقرون التعامل عليه، وليس لهم لاعتباره وجه من الوجوه.

والجواب عنه: بالمنع صغروياً فإن العقلاء لا يسفهون من يبذل المال بإزاء احتمال تحصيل مال كثير ولو كانت نسبة الربح كما ذكر واحداً بالألف أو أكثر.

ولو تأملنا لرأينا ذلك جارياً في جميع معاملاتهم اليومية فالإنسان دائماً لا ينفك يبحث عن المال يقدم لذلك مقدمات طويلة، قد لا ترجع كلها بالنتائج المطلوبة، وربما استلزم طلبه صرف الأموال الكثيرة في هذا السبيل وحسبنا ما نشاهده من إقبالهم على هذا النوع من المعاملات دون أن يسفه بعضهم بعضاً.

الوجه الرابع ـ اعتبار هذا النوع معاملة غررية:

ويعتمد هذا الوجه، على اعتبار معاملة اليانصيب من المعاملات الفورية، وقد نهى النبي(ﷺ) عن بيع الغرر بناءاً على أن الغرر هو خصوص الخطر دون الجهالة.

وهذه الرواية، وإن كانت في خصوص البيع [1] إلاّ أن الحكم فيها جار في كل معاملة لا يؤمن فيها من الخطر وعدم الحصول على المطلوب.

---

(١) سبق أن بينا في مبحث التأمين من هذا الكتاب تحت عنوان (عرض التأمين على القواعد العامة) ان هذا الحديث روي بلسانين:

أحدهما: (نهى النبي عن بيع الغرر)، والثاني: (نهى النبي عن الغرر) وكلا الحديثين روي من طرق الشيعة، والسنة.

والجواب عن ذلك: إن الخطر الممنوع عنه في الشريعة المقدسة، إنما هو المخاطرة في عدم حصول أحد العوضين وليس الأمر كذلك فيما نحن فيه فإن أحد العوضين إنما هو الدينار المدفوع عند أخذ الورقة، وهي البطاقة والعوض الآخر، هو تقرير صاحب البطاقة، والتزامه على نفسه بأن حامل هذه البطاقة ذو حق شخصي في الدخول في جملة من يجري السحب على أرقامهم، وكل من هذين العوضين حاصل لصاحبه غاية ما في البين، هناك احتمال بأن لا يحصل حامل البطاقة شيئاً من المال لو خرج السحب على غير رقمه، ولم يصادفه الحظ بأن يكون هو صاحب الجائزة.

ولكن أين هذا من الغرر الذي نهى النبي (ﷺ)، والذي هو ـ كما عرفت ـ المخاطرة في عدم الحصول على أحد العوضين؟

الوجه الخامس ـ كون هذه المعاملة قمارية:

بدعوى، أن عنوان القمار شامل لهذا النوع من المعاملات، والنهي عن القمار واضح لا يحتاج إلى بيان للأدلة الناهية عنه.

والجواب عنه: أن القمار لغة وكما عن بعض الفقهاء مأخوذ من المقامرة، وهي الرهن على اللعب بشيء من الآلات المخصوصة أو اللعب بتلك الآلات من دون رهن كما هو رأي جماعة.

قال الشيخ الأنصاري(رحمه الله): (الخامسة عشر: القمار حرام إجماعاً ويدل عليه الكتاب، والسنة المتواترة، وهو بكسر القاف كما عن بعض أهل اللغة: الرهن على اللعب بشيء من الآلات المعروفة، وحكي عن جماعة أنه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقة ولو من دون رهن، وبه صرح في جامع المقاصد. وعن بعض أن أصل المقامرة المغالبة) [1].

ومن الواضح، أنه ليس في هذه المعاني ما يشمل ما نحن فيه من اليانصيب لعدم وجود رهن في هذه العملية، وليس في البين لعب بآلات القمار المخصصة.

---

(١) الشيخ الأنصاري: المكاسب/ ١، ٣٧٢، إعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، مطبعة: باقري ـ قم المقدسة.

وما تقرره اللجنة على نفسها من أن تهب أو تملك من مالها بناءاً على مالكية الجهة المقدار الفلاني من المال لمن خرج السحب على رقمه فإنما هو لأجل التزامها بما اشترطته على نفسها من الهبة أو التمليك، وليس لأجل الرهن، وقد قدمنا صحة مثل هذا الشرط.

نعم، في البين دعوى أخرى: عهدتها على مدعيها وهي:

إن المستفاد من حرمة القرض الربوي، وحرمة القمار، وما شاكل هذا النوع من المعاملات المنهي عنها في الشريعة المقدسة، ولو بتنقيح المناط أو استكشاف مذاق الشارع المقدس هو فساد هذا النوع من المعاملة أيضاً لاستلزام سد باب التجارة، والتعاوض على الأموال، بل سد باب الكسب بالأعمال، والبضائع.

إلاّ أن الإنصاف، يقتضي عدم الالتفات إلى هذه الدعوى للمناقشة فيها صغرى، وكبرى.

أما الصغرى: فلعدم استلزم اليانصيب لشيء من ذلك، وما نراه من شيوع هذه العملية، وإنتشارها وعدم تأثيرها على شؤون الكسب، والتجارة لأكبر شاهدٍ على ذلك.

وأما الكبرى: فلعدم قولنا: بتنقيح المناط، والخوض في تلك الشرائع. ومما ذكروه في تعريف القمار من أنه: اللعب مع الرهن أو مطلق اللعب بالآلات المخصوصة يتضح لنا حال النوع الأول من اليانصيب، وهو اليانصيب غير المعوض، فإنه لا يدخل في شيء من أنواع القمار، بل هو هبة من المالك إلى الحاضري كل، ونصيبه.

الوجه السادس ـ اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام:

وهذا الوجه يتلخص، في اعتبار هذه المعاملة مما يشمله عنوان الاستقسام بالأزلام المنهي عنه بالكتاب، والسنة.

أما الكتاب: فقد وردت في حرمة الاستقسام بالأزلام آيتان:

الأولى: قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ (١).

الثانية: قوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالأَزْلاَمِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ﴾ (٢).

ودلالتهما واضحة على التحريم، فقد طبقت عليه الآية الأولى، عنوان الرجس وحرمته الثانية صريحاً.

وأما السنة: فقد وردت في الأزلام روايات ثلاثة:

الرواية الأولى: (ما عن علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي الجارود عن أبي جعفر (عليه السلام) في قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (٣). قال: الخمر فكل مسكر من الشراب ـ إلى أن قال ـ وأما الميسر فالنرد والشطرنج، وكل قمار ميسر، وأما الأنصاب فالأوثان التي كانت تعبدها المشركون، وأما الأزلام فالأقداح التي كانت تستقسم بها المشركون من العرب في الجاهلية كل هذا بيعه وشرائه والانتفاع به بشيء من هذا حرام من الله محرم، وهو رجس من عمل الشيطان) (٤).

الرواية الثانية: (ما عن محمد بن يعقوب، عن أبي علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار عن أحمد بن النظر، عن عمر بن شحر عن جابر، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: لما أنزل الله تعالى على رسوله (صلى الله عليه وآله) إنما الخمر والميسر، والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه، قيل يا رسول الله: ما الميسر؟

---

(١) سورة المائدة: الآية، ٩٠.

(٢) سورة المائدة: الآية، ٣.

(٣) سورة المائدة: الآية، ٩٠.

(٤) الحر العاملي: الوسائل/ باب ١٠٢ من أبواب ما يكتب به، حديث ١٢.

قال: كلما تقومر به، حتى الكعاب، والجوز. قيل ما الأنصاب؟

قال: ما ذبحوا لآلهتهم قيل: فما الأزلام؟

قال: قداحهم التي يستقسمون بها) [١].

الرواية الثالثة: (ما عن سهل بن عبد العظيم الحسين عن محمد بن علي الرضا(عليه السلام) في حديث قال قلت له: قوله عز وجل، والمنخنقة، والموقوذة المتردية، والنطيحة، وما أكل السبع إلاّ ما ذكيتم ــ إلى أن يقول ــ قلت: وأن تستقسموا بالأزلام. قال: كانوا في الجاهلية يشترون بعيراً فيما بين عشرة أنفس ويستقسمون عليه بالقداح، وكانت عشرة، سبعة لها أنصباء، وثلاثة لا أنصباء لها ـ إلى ان يقول ـ فلما جاء الإسلام حرم الله تعالى، وقال عز وجل، وإن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق يعني حراماً) [٢].

وبعد بيان هذه الآيات، والروايات المتعرضة للاستقسام بالأزلام لابد لنا من التكلم في مرحلتين:

الأولى: فيما ورد من التفاسير للاستقسام بالأزلام، والتعرف على هذه العملية التي حرمت الإتيان لحرمتها مضافاً إلى الأخبار.

الثانية: ملاحظة عملية اليانصيب هل هي من الاستقسام بالأزلام أم لا؟

بل هي بعيدة عنها.

أما المرحلة الأولى: اختلفت كلمة أئمة التفسير في الأزلام:

فقال الشيخ الطبرسي عنها ما يلي: (ومعناه طلب قسم الأرزاق بالقداح التي كانوا يتفائلون بها في أسفارهم، وابتداء أمورهم وهي سهام كانت للجاهلية مكتوب على بعضها ـ نهاني ربي ـ وبعضها ـ أمرني ربي ـ وبعضها ـ غفل ـ لم يكتب عليه شيء فإذا أرادوا سفراً أو أمراً يهتمون به ضربوا على تلك الأقداح فإن خرج السهم الذي عليه ـ

---

(١) المصدر المتقدم: الباب ٣٥ من أبواب تحريم التكسب بالقمار، حديث ٤.

(٢) المصدر السابق: الباب ٢٧ من أبواب الأطعمة والأشربة، حديث ١.

أمرني ربي ـ مضى الرجل لحاجته، وإن خرج الـذي ـ نهـاني ربي ـ لم يمـض، وإن خـرج الذي ليس عليه شيء أعادوها فبين الله تعـالى أن العمـل بـذلك حـرام. عـن الحسن، وجماعة من المفسرين، وروى علي بن إبراهيم في تفسيره عن الصادق (عليه السلام) أن الأزلام عشر، سبعة لها أنصباء، وثلاثة لا أنصباء لها، فالتي لها أنصباء الفـذ والتـوأم والمسبل، والنافس، والحاس، والرقيب، والمعلى، فالفذ له سهم، والتوأم له سـهمان، والمسبل لـه ثلاثة أسهم، والنافس له أربعة أسـهم، والمعـلى لـه سـبعة أسـهم، والأنـصباء التـي لا أنصباء لها: السفيح، والمنيح، والوغد، وكانوا يعمدون إلى جزور فيجزؤنه أجـزاء، ثـم يجتمعون عليه فيخرجون السهام، ويدفعونها إلى رجل، وثمن الجزور على من تخرج لـه التي لا أنصباء لها، وهو القمار فحرمه الله تعالى، وقيل هي كعاب فارس، والـروم التـي كانوا يتقامرون بها بل عن مجاهد وقيل الشطرنج عن أبي سفيان بن وكيع) [1].

وقال في الكشاف في تفسير الآية: (كان أحدهم إذا أراد سفراً، أو غزواً أو تجارة، أو نكاحاً، أو أمراً من معاظم الأمور ضرب بالقداح، وهي مكتـوب عـلى بعـضهما ـ أمرني ربي ـ وعلى بعضهما ـ نهاني ربي ـ وبعضهما ـ غفل ـ فإن خرج الآمن مضى لطيه، وإن خرج الناهي أمسك، وإن خرج الغفل أحالها عوداً فمعنى الاستقـسام بـالأزلام طلب معرفة ما قسم له مما لم يقسم بالأزلام، وقيل هـي: الميسر، وقـسمتهم الجـزور على الانصباء المعلومة) [2].

وتعرض في تفسير الصافي عند وصـوله لهـذه الآيـة قـائلاً (كـانوا يعمـدون إلى الجزور فيجزؤنه عشرة ـ إلى قوله ـ وهو القمار فحرمه الله) [3].

وفي الصحاح مادة ـ يسر ـ قال: (والميسر قمار العرب بالازلام) [4].

---

(١) الشيخ الطبرسي: مجمع البيان/ في تفسيره لهذه الآية.

(٢) الكشاف عن حقائق التنزيل وعيـون الأقاويـل: أبـو القاسـم جـار الله محمـود بـن عمـر الزمخشري الخوارزمي/ ، شرح ص ٥٩٣، الناشر: شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ـ مصر.

(٣) التفسير الصافي: المولى محسن الملقب بـ (الفـيض الكاشـاني)/ ٢، ٨، مطبعـة: مؤسـسة الهـادي ـ قـم المقدسة.

(٤) محمد عبد القادر: مختار الصحاح/ مادة (يسر)، دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان .

وعن الأزهري في لسان العرب مادة ـ زلم ـ (والأزلام كانت لقريش في الجاهلية مكتوب عليها، أمر ونهي، وافعل ولا تفعل) [١].

أما المقدس الاردبيلي: فقد ذكر في آيات الأحكام عند تفسيره لهذه الآية المعنيين الاستخارة والتقسيم على الجزور ـ إلى أن قال: (وقيل على الأول سبب التحريم انه دخول في علم الغيب، وضلال، واعتقاد ان ذلك طريق إليه افتراء على الله تعالى، وعلى هذا يفهم تحريم الاستخارة المشهورة التي قال الأكثر بجوازها بل باستحبابها، ويدل عليه الروايات فهو دليل بطلان الأول أو لا يكون سبب التحريم ما ذكره بل مجرد النص المخصوص بذلك الفعل الخاص، والوجه الخاص أو تكون الاستخارة خارجة عنه بالنص) [٢].

ومن كلام المقدس المذكور يفهم، أن الآية فسرت بالمعنيين الاستخارة والتقسيم على الجزور [٣].

وفي كنز العرفان بعد أن تعرض للآية، وذكر بأن المفسرين اختلفوا فيها فبعض جعلها أدوات للقرعة والاستخارة والبعض الآخر جعلها لتقسيم الجزور، قال: (إذا عرفت ذلك فاعلم أن الله تعالى حرم العمل بهذه الأزلام أما على الأول، فلأنه نوع من التكهن من غير إذن الله، وأما القرعة الشرعية كما قيل أنه (ﷺ) كان إذا أراد

---

(١) ابن منظور: لسان العرب/ مادة (زلم).

(٢) أحمد بن محمد المعروف بـ (المحقق الأردبيلي): زبدة البيان/ ٦٣٦، تحقيق وتعليق: محمد باقر البهبودي، الناشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طهران.

(٣) وقد علق شيخنا (دام ظله) على ما ذهب إليه المقدس الاردبيلي قائلاً: أقول: قوله (تدّس) (فهو دليل بطلان الأول) لا سبيل إلى بطلان الأول لما تقدم من الرواية الظاهرة فيه، وهي المتضمنة لتفسير الأزلام بأنها هي التي يستقسمون بها في أمورهم في الجاهلية قوله: بل بمجرد النص المخصوص بذلك الفعل الخاص الظاهر في أن مراده أن القاعدة تقتضي جواز ما ذكر من التفاؤل بالأزلام، وأن الاستخارة من قبيل التفاؤل بالأزلام لخصوصية تقتضي تحريمه، وهي كونها من فروع عبادة الأصنام بخلاف الاستخارة فإنها مباينة للتفاؤل بالأزلام كما سيأتي توضيحه. ومن ذلك تظهر لك الخدشة فيما أفاده أخيراً من كون الاستخارة خارجة بالنص فإنه مبني على دخول الاستخارة في التفاؤل الممنوع عنه لكن الدليل الدال على جوازها يكون مخصصاً لدليل المنع، وهو في غاية البعد.

سفراً يقرع بين نسائه في استصحاب إحداهن فليس هذا من القسم لكون الرسول(ﷺ) أخذ ذلك بإذن الله تعالى فالقرعة كاشفة عن معلوم الله تعالى، وكذا ما يتداول بين الأصحاب من الاستخارة في الرقاع، والحصى، والسبحة، وما يستعمله الفقهاء في الأمور المشكلة كما نقل عن أهل البيت (عليهم السلام) كل أمر مشكل فيه القرعة، وكل أمر متلقى من الشارع فلا يطعن فيه. وأما على الثاني فلأنه قمار منهي عنه).

وقال ابن قتيبة ـ الذي هو من مشاهير القرن الثالث ـ، وكانوا إذا أرادوا أن يقتسموا شيئاً مختلفاً بين قوم تساهموا عليه فما خرج لكل امرءٍ جعلوه خطاً له فقيل: الاستقسام أي طلب القسم وهو النصيب، وإذا تشاحوا في أمر من الأمور تساهموا عليه ثم جعلوه لمن خرج قدحه ثم استشهد على ذلك بقوله تعالى في قصة مريم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم، وبقوله تعالى في قصة يونس **فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ**. ثم قال: وكانوا إذا أرادوا الخروج إلى وجه ضربوا بالقداح فإن خرج القدح الأمر نفذ الرجل لوجهه راجياً للسلام، وإذا خرج القدح الناهي أمسك عن الخروج خائفاً النكبة، والجانحة. ثم قال: والاستقسام بها أشبه شيء بالقرعة التي أطلقها لنا رسول الله(ﷺ) وجعلها باباً من الحكم، ولتقاربهما في الشبه. قال ابن سيرين: حين بلغه أن عمر بن عبد العزيز أقرع بين أطفال المسلمين في العطاء فأنكر ذلك ابن سيرين وشبهه بالاستقسام بالأزلام، وإنما يفترقان فإن استقسام العرب في الجاهلية كان يكون عند أنصابهم، وفي بيوت أضافهم وكانوا يظنون أنها هي التي تخرج في القدح ما يشملونه. فأما مساهمة يونس وزكريا(عليهما السلام) فعلى سبيل القرعة إلاّ انها بقداح، والقرعة بغير قداح. ثم قال في قوله تعالى: ويسألونك عن الخمر والميسر، وأما نفع الميسر فإن العرب كانوا في الشتاء عند شدة البرد وجدب الزمان وتعذر الأقوات على أهل الضر والمسكنة يتقامرون بالقداح على الإبل، ثم يجعلون لحومها لذوي الحاجة منهم والفقراء فإذا فعلوا ذلك اعتدلت أحوال الناس فأخصبوا وعاشوا، واستراشوا. وقال: وإنما يكون ضربهم على الميسر بالقداح في الشتاء عند جدب وتعذر الأقواتِ وكلب الزمان لينعشوا بذلك الفقير والضرير، ولا يسيرون

بالصيف [1].

النتيجة:

من هذا العرض الذي مرّ من التفاسير لمعنى الاستقسام بالأزلام **يمكننا أن نلخص ما يلي:**

إن الاستقسام بالأزلام كان على **نحوين حسب اختلاف المفسرين:**

النحو الأول: إن الأزلام قداح كانوا يتفائلون بها عند الحاجة أو الاستخارة وقد كتب على بعضها ـ أمرني ربي ـ، وعلى البعض ـ نهاني ربي ـ ولم يكتب على البعض الآخر شيئاً.

النحو الثاني: إنها أدوات يستقسم بها على الجزور، ولكل منها اسمه الخاص.

ومن مجموع هذه التفاسير نعلم، أن هذه الأدوات على أي نحو كانت فهي مقدسة عندهم، وكانوا يعتقدون أنها ترشدهم إلى الخير والصلاح فهي من فروع عبادة الأصنام، وقد عرفت أن العمل بها، وبيعها وشرائها وجميع ما يمت إليها بصلة محرم من غير فرق بين أن تكون آلات قمار فحرمت أو أنها من فروع عبادة الأصنام فنهي عنها، إذ لا أثر لهذا الاختلاف بعد أن كان الحكم الشرعي هو وجوب الاجتناب عنها مطلقاً.

إذن، فهذه العملية الاستقسامية بكلا قسميها محرمة.

والآن، وبعد أن عرفنا حقيقة الاستقسام بالازلام **لابد لنا من البحث في:**

المرحلة الثانية: وهي البحث عن عملية اليانصيب بما فيها من شراء البطاقات واستلام الجائزة، هل أنها من صغريات الاستقسام بالأزلام أم لا؟

لتكون محرمة لو كانت منها، وعلى العكس لو لم تنطبق عليها.

أما شراء البطاقات: فمن المعلوم، أن البطاقات ليست من آلات القمار ليكون

---

(١) ابن قتيبة: رسالة في الميسر والقداح/ ٣٨ و ٣٩ و ٤٣ و ١٠٦.

العمل بها محرماً، يضاف إلى ذلك، أن هـذه البطاقـات ليـست مـن الآلات المقدسـة ليكون العمل بها من فروع عبادة الأصنام فيكون النهي متوجهاً عليها.

وأما استلام الجائزة: فلا يخفى أن المتصور في عملية الجزور.

تارة: إن صاحب البعير يأخذ ثمن بعيره ممن خسر بعد إجراء عملية الاستقـسام فيكون هذا غرامة من الخاسرين لمن ربح.

وثانية: يكون البعير على نحو الإشاعة بحيث يـشتري الجميـع بعـيراً، وبعـد أن يكون مشاعاً بينهما يجرون عليه عملية الاستقسام، وحينئـذ، يأخـذ الرابحـون ذلـك البعير.

وفي كلتا هاتين الصورتين يكون إجراء الاستقسام موجباً لأن يأخذ البعض أكثر من نصيبه، وحيث تكون هذه الزيادة من حصة الباقين فهـي مـن صـغريات القـمار، ولذا نهي عنه. مضافاً، إلى الخصوصية في الاستقسام بتلك الأزلام المقدسة عندهم.

وهذا بخلاف معاملة اليانصيب، فإنك عرفت تمامية مقدمات هذه المعاملـة مـن بذل المال بازاء البطاقة، واستلام اللجنة للأموال المجموعة من ثمـن البطاقـات فلـم يبق لها مشابهة بعملية الاستقسام إلاّ في موضع أخذ الجائزة من قبل الفائزين.

وهذا المعنى المذكور يتم لو نزّلنا دفع المال إلى الفائز على كونه غرامة من البـاقين له ليكون ذلك من قبيل الإشاعة، وأما لو لم ننزله على ذلك فالظاهر أنه لا مـانع منـه فإنا بعد أن فرضنا أن إعطاء المال لشراء البطاقة كان شراء للحق المترتب على البطاقـة أو أنه شراء للبطاقة باعتبار ما يترتب عليها من الحق كما صـورناه في الـوجهين الأول والثاني، وبعد أن صححنا أخذ اللجنة لتلك الأموال المجموعة من ثمن البطاقات.

وهكذا الحال في اليانصيب على البضائع فانا لو نزلناه على ذلك يكون دفع المـال للفائز من قبيل ما يدفعه المالك من ماله إلى من يخرج السحب على رقمه على نحو مـا بيناه من الشرط أو الوعد الابتدائي، ولا شبهة فيه ـ كما عرفته ـ.

وبتعبير آخر نقول:

إن عملية الاستقسام لا تشمل ما نحن فيه من اليانصيب فإنه يمكن القول بحرمة الاستقسام للخصوصية الموجودة في الأزلام، إما لكونها مقدسة عندهم، وأن العمل بها افتراء على الله كما في التفاؤل بها، وأما لكونها من آلات القمار كما في الاستقسام بها على الجزور.

وإن شئت قلت: أن المحرم هو الاستقسام بالأزلام لا مطلق الاستقسام وبذلك أخرجنا القرعة، والاستخارة عن أعمال تلك الأزلام المنهي عنها لأن هذه الأزلام ـ كما عرفت ـ أنها كانت مقدسة عندهم ويرون أنها تهديهم إلى ما فيه الخير والصلاح، وعلى هذا، فتكون فرعاً من فروع عبادة الأصنام فيجب الاجتناب عنها في جميع الأعمال، ولا يفرق الحال فيها من هذه الجهة عن الأصنام نفسها. **ويدل على ذلك أمور:**

الأول: ما نقله لسان العرب عن الأزهري: من أن الازلام كانت توضع في الكعبة، ويتولى شؤونها سادن الكعبة.

وهكذا ما نقله الطبري [1] من أن محل هذه الأزلام كان هو الكعبة ويقوم سدنة البيت بأعمالها.

الثاني: ما احتمله الكشاف من ذلك، واستشهد بما روي أنهم كانوا يجلبونها عند أصنامهم.

الثالث: ما حكي عن أبي الفرج الاصفهاني من أنهم كانوا يستقسمون عند ذي الخليصة، وهو صنم لهم إلى أن جاء امرؤ القيس فاستقسم عنده للطلب بثأر أبيه فخرج النهي فحينئذ غضب، ورماه بالحجارة وأنشد يقول:

لو كنت يا ذا الخلصة الموفورا لم تنه عن قتل العداة زورا

فلم يتقسم عنده أحد حتى جاء الإسلام.

---

(١) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن/ في تفسيره للآية المباركة.

كل هذا ينبئنا، أن لهذه الأزلام خصوصية في تحريمها لكونها مقدسة عندهم أو لكونها من آلات القمار، ولهذا قلنا بعدم الفرق من هذه الجهة، إن قلنا بأنها قداح يستقسم بها على الجزور أو أنها أدوات كانت تستعمل للاستخارة أو القرعة، وما شاكل فهي محرمة على كل حال.

الخلاصة:

أولاً: إذن، فعملية اليانصيب بعد بيان ما قدمناه من سلامتها من الوجوه التي ذكرت لفساد هذا النوع من المعاملات، ومن بينها القمار.

ثانياً: وبعد أن صححنا بذل المال بإزاء البطاقة بما ذكرناه من الوجوه المصححة لذلك البذل، وبعد تصحيح أخذ اللجنة، وتسلمها للأموال المجموعة من البطاقات.

ثالثاً: وبعد تصحيح استلام الجائزة من قبل الفائز.

بعد كل هذا، وذاك لم يبق أمامنا ما يدعو إلى القول ببطلان عملية اليانصيب، وتحريمها.

الأوراق النقدية

مالية المـال، وجـوه ثلاثـة للتغطيـة النقديـة، هـل يتحقق الربا أو الزكاة في هذه الأوراق، ما هو اعتبارها المـالي بعـد سـقوطها مـن التعامـل، التقـاط الأوراق النقدية، تحديد مفهوم مجهول المالك.

تمهيد:

وتوطئة للبحث عن الأوراق النقدية وأحكامها يحسن بنا أن نتحدث [1]:

---

(١) يحدثنا التاريخ عن المجتمعات البدائية، وكيف كان الفرد فيها يعتمد على الاستهلاك الذاتي حيث يبحث عما يحتاج إليه من غذاء، وكساء فله من الصيد ما يؤمن له المأكل، ومن أوراق الأشجار، وأثمارها ما يتستر به، ويعيش عليه.

ولم يكن للإنسان في هذه الصورة من الفائض عما يحتاجه ليفكر في الطريقة التي يسير عليها لتصريف هذا الفائض.

وتطور الوضع وحصل التنوع في الإنتاج فتفتحت الآفاق أمامه ليزرع ويستفيد من حاصل إنتاجه، والتفت إلى الفوائد التي تحصل من الصيد في بقية مجالاته من الصرف، والعظم الذي يوجد في بعض الحيوانات فأخذ يتخصص في الإنتاج، ثم بدأ يتطور في عمله فأخذ يواجه مشكلة جديدة هي مشكلة فائض الإنتاج عما يحتاج إليه.

والتفت من جهة أخرى إلى انه مدفوع بحسب الغريزة إلى الإنتاج الذي يحصل عند الآخرين مما عجز هو عن إنتاجه أو لم يتخصص فيه.

لذلك فكر في الخروج من هذا المأزق، والخلاص من هذه المشكلة فوجد في قانون التبادل بفائض الإنتاج ما يؤمن له ما يحتاج إليه مما يعوضه الآخرون، وإذا بمبدأ المقايضة ينظم حياة المجموعة البشرية من الناحية الاقتصادية ردحاً من الزمن فكان الفرد يقدم للآخرين فائض ما يحتاج إليه من إنتاجه بازاء أن يأخذ من الآخرين ما يؤمن له حياته المعاشية.

وعلى مرور الزمن وتضخم العدد الذي يزداد كل يوم، وتطلع الإنسان، وتطوره لم يكن مبدأ المقايضة محققاً للفرد رغباته الحياتية لإدارة معاشه ـ فمثلاً ـ قد لا يجد البائع من يشتري منه ما ينتجه في مقابل ما يرغب هو باقتنائه من الآخرين وحينئذ فقد لا تبقى السلعة عنده محافظة على وضعها الطبيعي نتيجة عدم قابليتها البقاء أكثر من المدة المحدودة لها، وفي هذه الحالة قد تصاب بالتلف خصوصاً، وأن وسائل التخزين كانت مفقودة لديه، ولربما لا يكون الإقبال على سلعة بنحو يؤمن لصاحبها المقايضة عليها. هذه العوامل كانت سبباً لأن يفكر الإنسان فيما ينظم له حياته بشكل يؤمن له إزالة هذه المشاكل من طريقه.

وكما تغلب الإنسان فيما سبق على مشاكله بمبدأ المقايضة نراه يتجه بعد ذلك إلى التفكير بمبدأ النقود ليتخذ من تلك السلع وحدة نقدية يحصل بها التعاوض بين الأفراد فكان مما اتخذه الإنسان نقوداً سلعية كما تقول المصادر النقدية: الحديد، الرصاص، النحاس، الذهب، الفضة، البرنز، الحيوان في كثير من أنواعه من الماعز، والأغنام، وغيرهما والصوف، والجلد، والعظام الثمينة وغير هذه من السلع.

=

أولاً: عن الربا على نحو الإيجاز لأن الغرض من هذا البحث هو معرفة ما لو كان في التعامل بهذه الأوراق النقدية ـ كالدينار، وما شاكل ـ رباً أو لا؟

ثانياً: بيان حقيقة أصل مالية الأشياء.

ثالثاً: عن الوجوه المتصورة لغطاء العملة.

الربا:

قسم الفقهاء الرباء إلى قسمين:

رباً في المعاملة، ورباً في القرض.

واشترطوا في ربا المعاملة اتحاد الجنس، وكون مورد المعاوضة من المكيل أو الموزون، كما في بيع وزنة من الحنطة بوزنة، وكيلو من الحنطة.

وأما ربا القرض، فلم يشترطوا ذلك فيه، بل ذكروا أن كل قرض جرَّ نفعاً للمقرض فهو من الربا.

مالية المال:

إنما تتقوم مالية المال بتوفر جهة في الشيء توجب تنافس العقلاء عليه. واستناداً إلى هذا، فإنا نتمكن أن نتصور المال على نحوين:

النحو الأول:

ما كانت ماليته ذاتية: وهو كلما يحتاجه الإنسان بحسب فطرته الأولية من

= والملاحظ أن اختيار السلعة في مجتمع كنقد يتداول فيه كان يعتمد على مراعاة الظروف التي تحيط بذلك المجتمع، والمناخ الذي يعيشه من التكيفات الجوفية، وقابلية السلعة للبقاء، والتداول مضافاً، إلى توفر تلك السلعة في تلك المنطقة، والإقبال الذي يحصل من المجموع عليها فكانت هذه العوامل العديدة تشترك لاختيار السلعة كنقد.

وأخيراً، لم يجد الإنسان في هذه السلع ما ينقذه ومتطلبات الظروف التي تحيط به، والتي تتبع بمرور الزمن، وإذا بفكرة النقود غير السلمية تنبثق لديه سواء من المسكوكات، أو العملات الورقية، أو النقود المصرفية. يراجع بغية التوسع في البحث: محمد سلطان أبو علي: محاضرات في اقتصاديات النقود والبنوك/ ٨ ـ ٩.

المأكول، والمشروب، والملبوس، وما شاكل هذا.

وهذا النوع من المال لا تتوقف ماليته على جعل جاعل لتنافس العقلاء عليه، وإن لم يكن في البين جعل من أحد، أو جهة. ويلحق بما ذكرناه من المأكول والملبوس، ما كان كالحديد، والخشب، وما شابه.

النحو الثاني:

ما كانت ماليته بالجعل: وهذا لو لاحظناه لرأيناه على قسمين:

القسم الأول: ما كان فيه الجعل عاماً يشترك فيه جميع البشر باختلاف عصورهم وبيئاتهم بدافع من الشعور بالحاجة الجماعية لمثله، وهذا يتصور في الأحجار الكريمة النادرة، كالذهب، والفضة، والماس، وغيرها.

القسم الثاني: ما كان اعتباره خاصاً.

وهذا **تارة**، يكون اعتباره من قبل دولة، أو بنك ليقوم مقام القسم الأول كالأوراق النقدية ـ مثلاً ـ وكثيراً ما حصلت لها تغطية مما له قيمة ذاتية أو مجعولة بالجعل العام ليعم اعتبارها كما هو الشأن في الدينار العراقي.

وأخرى، ما يكون اعتباره بالنظر لما يترتب عليه من الآثار الخاصة كطوابع البريد، وتذاكر القطار، وبطاقات اليانصيب، وتذاكر مصالح نقل الركاب، وغير هذه مما كانت الورقة فيه فاقدة للاعتبار المالي لو تجردت عن الآثار الخاصة المترتبة عليها من قبل الدولة، أو البنك.

فمثلاً ورقة الطابع لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة في قبالها بأن توصل الرسالة أو الرزمة إلى أي محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع.

وكذا الطوابع المالية فإن السند الذي يحمل هذه الورقة يعتبر ذا أهمية في نظر الدولة والعرف، وهكذا الحال في بقية ما كان من هذا القبيل.

وهذه آثار معتبرة توجب أن يتنافس عليها العقلاء فيبذلون بإزائها الأموال. وطبيعي، أن قوام مالية الشيء ـ كما قلنا ـ أن يكون موضوعاً لغرض يبعث على

تنافس العقلاء عليه.

وقد عرفت، أن هذا التنافس منوط بهذا الأثر الذي رتب عليها، وإلاّ فلا قيمة لتلك الأوراق لو خليت ونفسها مجردة عن تلك الآثار.

أما الفرق بين هذين النحوين من القسم الثاني هو:

إن مالية ما كان على شاكلة طوابع البريد ـ مثلاً ـ إنما كانت بالاعتبار للأثر المترتب عليها، وهي في نفس الوقت غير معتبرة من جانب العقلاء مالاً بل هي ورقة يترتب عليها أثر خاص في نطاق اعتبار جعلها.

وأما مالية النحو الأول كالدينار ـ مثلاً ـ فإن هذه الورقة قد أصبحت بالفعل مالاً بواسطة الجعل والاعتبار، فلا فرق بينها وبين المعادن، والأحجار الكريمة، بل قد يرجح العقلاء في كثير من الموارد الأوراق النقدية ويفضلها على المعادن، وما شاكلها، لأن الورق أخف للنقل، والتعامل به من الذهب والفضة وغيرهما.

وإذا تم هذا التمهيد عدنا إلى الأوراق النقدية لنلتمس أحكامها الشرعية:

وبما أن مالية هذه الأوراق منحصرة بالجهة التي يمنحها الاعتبار تبعاً لكيفية تغطيتها إن كانت من قبل تلك الجهة كما سبق بيان ذلك فمن الجدير أن نبحث عن حقيقة هذه التغطية، والمعبر عنها بـ (غطاء العملة) لنرتب الحكم على أساسها، وهي **لا تخلو من أحد وجوه ثلاث:**

الوجه الأول ـ من وجوه التغطية:

وتطالعنا فيه صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون الدولة قد أودعت في خزانتها نقوداً مسكوكة من ذهب أو فضة في قبال هذه الأوراق بالقدر الذي طبعت منه وخولت كل شخص يحمل تلك الأوراق أن يأخذ من البنك ما يقابل ورقته من النقود متى شاء ذلك، وعلى هذا الوجه تكون المعاملة على تلك النقود المودعة، والتي كانت مصدر الاعتبار لهذه الأوراق فمن اشترى حاجته، ودفع للبائع ديناراً ـ مثلاً ـ فهو قد ملّكه مقداراً

معيناً من المال تحتفظ به الدولة في البنك الذي تعتمد عليه، وتكون هذه الورقة كسند خاص لتمليكه.

وهل يتحقق الربا في مثل ذلك، لو حصل التعامل بحيث دفع عشرة أوراق في مقابل أحد عشر؟

الجواب عنه: إن الربا يتحقق في ذلك. لأننا فرضنا أن هذه الورقة تعبر عن تلك المقادير الفضية، أو الذهبية فتكون المعاملة واقعة في الحقيقة على ما تعبر عنه تلك الأوراق من النقود المسكوكة المودعة في خزينة الدولة.

أما الزكاة، فلا تتحقق لأن المناط في وجوب الزكاة في النقود هو وجودها تحت التصرف، وفي متناول اليد طول الحول، ولعل هذا لا يكون متحققاً بالنسبة إلى النقود المحفوظة لدى الدولة لعدم إمكان التصرف في أعيان تلك النقود الموجودة في خزانة الدولة. ولكن لا ينافي هذا، أن يكون لحامل النقد الحق في المطالبة بما يقابلها من النقود إلاّ أن ذلك حيث يستدعى عملية من طلب وتأخير، وأعمال روتينيات شكلية من شأنها أن تكون موجبة لانسلاخ كون تلك النقود تحت اليد فعلاً.

الصورة الثانية: هي نفس الصورة الأولى، ولكن المودع إنما هو سبائك وقوالب ذهبية أو فضية فبمقدار الورقة تتعهد الدولة بتسليم ما يقابلها من الذهب والفضة من تلك القوالب الموجودة عندها.

أما الربا: فيتحقق في هذا النوع لأن الأوراق أصبحت تعبر عن هذه المقادير الذهبية، أو الفضية فإذا بيع مقدار منها بأزيد كان الزائد فائدة ربوية لعدم اشتراط كون الذهب مسكوكاً في صيرورة الزيادة من الربا.

وأما الزكاة، فإن الظاهر عدم تحققها فيه لأن الزكاة في ذلك إنما تحصل لو كان نقداً، وقد عرفت أن فرض المسألة هو أن هذه الأوراق تعبر عن الكميات الذهبية، أو الفضية لا النقود الذهبية أو الفضية.

والفرق بين هاتين الصورتين، ظاهر من ناحية الزكاة فإنا، وإن قلنا بعدم تحققها في كلتا الصورتين الأولى والثانية، إلاّ أن منشأ عدم تحققها في الأولى لعدم كونها في

متناول اليد، وتحت التصرف بقول مطلق، وإن كان ما يقابل الأوراق نقوداً ذهبية أو فضية. أما في الصورة الثانية فعدم تحقق الزكاة يرجع إلى عدم كون المودع في قبال الأوراق من المسكوكات. وعدم كونه في متناول اليد أيضاً.

الوجه الثاني ـ من وجوه التغطية:

أن تكون في قبال هذه الأوراق النقدية مقادير معينة من المال في ذمة من منحها ذلك الاعتبار، وهي الدولة أو البنك، ويكون حال الدينار ـ مثلاً ـ كحال سند الكمبيالة، فلو اشترى الشخص بهذا الدينار شيئاً من الأجناس فقد دفع للبائع ورقة تفيد أن له بذمة الحكومة ما يقابلها من المال، وتكون الدولة التي منحت تلك الأوراق الاعتبار المالي هي المدينة للبائع بذلك المقدار من المال.

وفي الحقيقة أن التعامل في هذه الصورة يكون على ما في الذمم والأوراق النقدية أسناد بيد الافراد تثبت وجود الدين في ذمة الحكومة.

وهل تتحقق الزكاة، لو كانت مالية الدينار من هذا القبيل؟

الظاهر العدم، لأن الزكاة إنما تتحقق في العين النقدية الموجودة تحت التصرف، وفي متناول اليد ـ كما بيناه ـ لا على ما في الذمم.

أما الربا، فالصحيح تحققه: لأن ما يقابل هذا مما هو في ذمة الحكومة، إما ذهب أو فضة، وهما من الموزون فيتحقق الربا فيه. فإن الشخص لو باع عشرة أوراق في قبال أحد عشر فهو في الحقيقة قد باع مقداراً معيناً من الذهب أو الفضة بأكثر، ويكون ذلك من قبيل ما لو كان لك في ذمة زيد عشرة أطنان من الحنطة فبعتها إلى عمرو بأحد عشر طناً هي له في ذمة زيد أيضاً فيتحقق الربا فيه.

الوجه الثالث ـ من وجوه التغطية:

أن تكون مالية هذه الأوراق متقومة بالجهة الاعتبارية الصرفة بأن تقرر الدولة بأن كل ورقة تحمل ذلك الشعار الخاص، وهذه الألوان والتقاطيع المخصوصة فإنها تعتبر بكذا مقدار من المال، ومن الواضح أن الدولة تلتفت إلى أن ذلك الاعتبار وحده

ليس بكاف لمنح هذه الأوراق السمة المالية، لذلك تأخذ على عاتقها موضوع دعم الورق بالتعهد الشخصي، والتقرير على نفسها بدفع ما يقابله من المال لو طولبت بذلك من قبل الدول الأخرى أو الشركات الأجنبية، وحيث كان هذا المقدار أيضاً ليس بكاف لمنح الورق السمة المالية الدولية، بل يقتصر اعتباره على الداخل، لذلك تضطر الدولة إلى الدخول في «منطقة الاسترليني» ـ مثلاً ـ فتجتمع عدة دول لتودع في أحد البنوك العالمية المقادير اللازمة من الذهب، ويكون هذا الإيداع هو الرصيد للورق النقدي في مجموعة تلك الدول المشتركة، وقد تنسحب تلك الدولة من منطقة الاسترليني فتسحب ما لديها من الاحتياطي وتودعه في البنك الحكومي المؤسس في المملكة، وتعلن هذا المعنى إلى الجميع، وتدعم هذا الإيداع من جهة أخرى بما تمتاز به تلك الدولة من معادن وثروات طبيعية، كالنفط، والكبريت، والفحم، وما شاكل ذلك من الثروات الطبيعية.

وبعد كل هذا، يعزز ما ذكرناه نفس مركز الدولة بين بقية الدول، وهذه، وإن لم تكن عوامل أساسية لتغطية النقد الورقي، إلاّ أن لها قيمتها الاعتبارية في أنظار الناس فتعطي الورقة رصيداً سوقياً في الداخل والخارج.

والظاهر، أن دينارنا الورقي في هذه الأيام من هذا القبيل فماليته ناشئة من الجعل والاعتبار وتكون قيمة هذه الأوراق منوطة بما تعتمد عليه الدولة من الاحتياطي المذخور لديها، وبما يدعمه من المعادن والثروات الموجبة لاعتبار جعلها في الداخل والخارج، وإن لم تكن الدولة مستعدة فعلاً بدفع ما يقابل الورقة النقدية من تلك السبائك أو النقود الموجودة لديها، إلاّ أن وجود ذلك ـ ولو بعيداً عن متناول اليد ومعرض التصرف ـ رصيد يدعم تلك الأوراق.

هل يتحقق الربا في هذه الأوراق؟

والآن، وبعد أن عرفنا حقيقة الأوراق النقدية، وأنها لا تحمل إلاّ جهة الاعتبار الصرف من الدولة التي فرضت التعامل بها فهل يتحقق الربا في صورة بيعها بأكثر؟ كأن يبيعه عشرة أوراق باثنتي عشرة ورقة؟ **الظاهر عدم تحقق** ، فلا تكون المعاملة

ربوية لأن شرط جريان الربا في المعاملة هو وحدة الجنس الثمن والمثمن أولاً، وكونه من المكيل والموزون ثانياً، وليست الدنانير من أي من هذين، وهما المكيل أو الموزون، وإن كانت وحدة الجنس متحقق فيها إلاّ أن الشرط الآخر، وهو الكيل أو الوزن لم يتحقق فيها فلا يجري في بيعه بأزيد منه حكم الربا. هذا إذا كانت المعاملة بيعية صرفة لا أجل فيها بل حصل التسليم.

وأما لو حصلت الزيادة مع أجل، كأن دفع له عشرة دنانير بإزاء أحد عشر ديناراً يسلمه إياها بعد شهرين فهل يكون ذلك من صغريات المعاملة الربوية أو لا؟

والإجابة على هذا السؤال هو:

أنا نتصور لهذه المعاملة وجهين: تكون صحيحة بالنظر لوجه، وباطلة على الوجه الثاني.

فإنا لو اعتبرنا هذه المعاملة من قبيل البيع إلى أجل كانت المعاملة صحيحة: بخلاف ما لو اعتبرناها من قبيل القرض إلى أجل فإنها حينئذٍ تكون من ربا القرض، ويتم فيها البطلان. **بيان ذلك مفصلاً.**

إن الشخص مرة يبيع هذه العشرة دنانير إلى الآخر بأحد عشر ديناراً لمدة شهرين فيقبل الآخر ذلك البيع، وتتم المعاملة ولا بأس فيها لأنها معاملة بيعية غاية ما في البين، ان أحد العوضين فيها مؤجل إلى شهرين، وهذا نظير ما لو باعه داره على أن يدفع ثمنها بعد شهرين، ولا مانع في ذلك. هذا لو كانت المعاملة بيعية.

وأخرى، تكون المعاملة قرضية، كأن يقرضه فعلاً عشرة دنانير ليدفع له عند الأداء بعد شهرين أحد عشر ديناراً، ولا شبهة في ربوية هذه المعاملة القرضية لاشتمالها على القرض مع الزيادة فتجري عليها أحكام الربا، وإن لم يكن في البين مكيل أو موزون.

إذن، في مقام الإنشاء لابد من الالتفات إلى الفرق بين هاتين المعاملتين: البيع إلى أجل، والقرض إلى أجل حيث يتحقق الربا في الثاني دون الأول.

الأوراق النقدية وما ماثلها بعد سقوط اعتبارها المالي:

مما سبق عرفت أن بعض الأشياء لا تكون ماليته ذاتية بل تكون ماليته تابعة للجعل، كالأوراق النقدية، وطوابع البريد، وما شاكلها.

وبحثنا في هذا الفرع يتضمن بيان ضمانها لو سقطت العين عن المالية ـ فمثلاً ـ لو غصب شخص من آخر ديناراً، وجاء بعد ذلك ليرده إليه، أو أخذ من أحد طوابع بريدية، وبعد فترة عاد ليرده إليه، ولكن الدولة ألغت اعتباره وأسقطته ـ الدينار أو الطابع ـ كما في مثالنا..

ويلحق بذلك ما لو غصب من شخص ما كان في وقته ذا قيمة وسقطت قيمته حين الأداء كما لو غصب من شخص ماء في فصل الصيف، وكان المكان في الصحراء حيث لا يوجد ماء وأراد بعد ذلك تسليم ما غصبه من الماء في المدينة إذ يكون الماء عادة مبذولاً في المدن.

فما هو الحكم لأمثال ذلك؟ بعد أن جاء الغاصب ليرد العين مع أنها في وقت الرد غيرها في وقت الغصب أو الأخذ.

ولضمان الاعيان المغصوبة أو التالفة، مراتب ثلاث:

أولاً: ضمان الخصوصية الشخصية. والتي تتكون بنفس تلك العين فإن فقدت العين أو سقطت عن الاعتبار فلابد من الانتقال.

ثانياً: ضمان النوع، وهو المثل. فإن فقد أو سقط الاعتبار فيه فلابد من الرجوع.

ثالثاً: ضمان الجنس، وهو المالية، ولا يكون الانتقال من مرتبة إلى لاحقتها إلاّ بعد تعذر السابقة.

والقيمة المالية أيضاً تختلف.

فهل هي قيمة يوم الغصب؟

أو أنها قيمة يوم التلف؟

أو أنها قيمة يوم التسليم؟

أو أنها قيمة الأيام المتوسطة بين يوم الغصب أو التلف أو التسليم؟

أقوال عديدة ذكرت في محلها، ولا مجال لبحثها مفصلاً بهذه العجالة.

والمهم في المقام، هو أن شيخنا (دام ظله) يختار قيمة يوم الأخذ أو الغصب.

والآن، ـ فالورق النقدي، وما شاكله ـ بعد انعدام اعتباره المالي من البين أنه لا ينفع فيه ضمان الخصوصية الشخصية لفرض انعدام قيمته، ولا قيمته النوعية المنحصرة في إرجاع مماثلة إذ لا قيمة لمماثلة بعد أن ألغي الاعتبار المالي لهذا الورق أو لهذا الطابع البريدي. إذن، فلابد من اعتبار كون المضمون هو الجنس المتمثل بقيمته المالية.

فالدينار ـ مثلاً ـ لابد من أداء قيمته قبل سقوط اعتباره، وطابع البريد أو تذاكر القطار لابد من تسليم قيمتها يوم كان لها الاعتبار المالي.

وكذا الماء المأخوذ في الصحراء لابد من تقدير قيمته في ذلك الموضوع مع ملاحظة بقية الخصوصيات الموجبة لارتفاع قيمته في ذلك الوقت.

نعم، يبقى علينا أن نتصور ونبين المقياس في المالية فهل يكون الذهب أو الفضة هما المقياس لتقدير المالية أو هناك شيء غيرهما؟

ويستظهر شيخنا (دام ظله)، أن الذهب والفضة هما المقياس بالدرجة الأولى. فلو غصب أو أخذ من آخر ديناراً، وأراد تسليم قيمته بعد سقوط اعتبار العين فلابد من تقدير قيمة يوم كان معتبراً ومجعولاً وما كان يساوي من الذهب أو الفضة في ذلك اليوم فلو كانت قيمته تساوي مثقالاً من الذهب كان عليه أن يؤدي مثقالاً من الذهب في هذا اليوم وهكذا.

أما لو فرضنا إلغاء اعتبار نفس الذهب والفضة من قبل العقلاء أو فرضنا انعدامه من الوجود أو ندرته على حد يصعب على الضامن تحصيله فحينئذٍ، ينتقل إلى الاجناس الموجودة فيدفع له من الحنطة أو غيرها من بقية الحبوب ـ مثلاً ـ ما كان يدفع بازاء الدينار في ذلك الوقت يوم كان للدينار أو لطابع البريد وأمثالها الاعتبار المالي.

التقاط الأوراق النقدية:

وحيث كانت الأوراق النقدية، والطوابع البريدية، وأمثالها مما لم تكن له علامة فارقة، ولا تمييز لبعضها على الآخر، فماذا يصنع من يجدها في عرض الطريق، وكيف يتوصل إلى معرفة صاحبها مع أنها معدومة الميزات بعضها مع الآخر؟

وترقيم الدنانير، وإن كان موجوداً إلاّ أن الإنسان كثيراً ما لا يلتفت إلى هذه الارقام ليضبطها لتكون من العلامات الفارقة.

إذن، فما هو حكم التقاط هذه الأوراق النقدية وغيرها؟

ويرى شيخنا الأستاذ (دام ظله)، أن هذه الأوراق من فروع المال المجهول مالكه ولابد فيه من الرجوع إلى الحاكم الشرعي ليقول كلمته فيه. ولا يسوغ للملتقط التصرف فيه بعد تعريفه، وقبل مراجعة الحاكم الشرعي لأن تلك الأحكام مختصة باللقطة التي يكون لها علامة، ويمكن التعريف بها، ولا أقل من الشك في شمولها لما لا يمكن التعريف والاحتياط يقتضي الرجوع فيها إلى الحاكم الشرعي إن لم يكن ذلك هو الأقوى.

ومن المستحسن نحن في هذا الصدد من بيان حقيقة المال المجهول مالكه ولمن يكون رجوعه.

ما هو المال المجهول المالك؟

والجواب على هذا السؤال، نقول:

أنه كل مال لا يعرف صاحبه فعلاً، ولا طريق إلى تعيينه، وجداناً أو تعبداً. والأخبار الواردة عن أهل البيت (عليهم السلام) في النوع من المال يمكننا تصنيفها إلى أقسام أربعة:

القسم الأول: ويشتمل على ما يفيدنا لزوم طلب صاحب ذلك المال مع عدم اليأس ظاهراً، ويدخل فيه ما ورد فيمن كان له حق ففقد ولا يدري أحي هو أم ميت، ولا نعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً. كما روي (عن حماد بن عيسى عن

معاوية بن وهب قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل كان له على رجل حق ففقد ولا يدري أحي هو أم ميت، ولا يعرف له وارث ولا نسب ولا بلد، قال: أطلبه، قال: إن ذلك قد طال فأصدق به، قال: اطلبه) [١].

ومن هذا التكرار في الأمر من الإمام (عليه السلام) بالطلب يظهر لنا، أن من بيده ذلك المال لابد له من طلب صاحبه، وليس ببعيد أن المنظور في هذه الرواية هو الحث على عدم اليأس، والعثور على صاحبه فيلزمه حينئذٍ الطلب وإبقاء العين مع المحافظة عليها.

القسم الثاني: ومؤداه اعتبار المال أمانة في يد من وجده بعد الطلب واليأس وينتظم فيه ما ورد في أجير مفقود، كما ورد (عن هشام بن سالم قال: سأل أبو خطاب الأعور أبا إبراهيم (عليه السلام) وأنا جالس فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل بالأجر ففقدناه وبقي من أجره شيء، ولا يعرف له وارث، قال فاطلبوه، قال: قد طلبناه، ولم نجده، قال: فقال: مساكين وحرك يديه[٢]. قال: فأعاد عليه، قال: اطلب واجهد فإن قدرت عليه وإلاّ فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه) [٣].

ومن هذا القسم نفهم الأمانة، وإن هذا المال كسبيل مال الواجد من ناحية المحافظة عليه، وأنه أمانة شرعية يلزمك حفظها لصاحبها.

القسم الثالث: ويفيدنا لزوم التصدق بذلك المال المجهول مالكه.

ويدخل فيه ما ورد فيمن بقى عنده بعض متاع رفيقه، ولا يعرف صاحبه كما روى عن (محمد بن عيسى، عن يونس بن عبد الرحمن، قال: سألت عبداً صالحاً، فقلت: جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة، فارتحلنا عنهم، وحملنا بعض متاعهم

---

(١) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ١٨، ٣٦٢، ح٢، تحقيق: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.

(٢) علق في الوافي على قول الامام(عليه السلام) ـ مساكين ـ بقوله: بيان يعني أنتم مساكين حيث ابتليتم أو حيث لم تعرفوا لمن هو.

(٣) المصدر المتقدم: ١٧، ٥٨٢، ح١، باب حكم ميراث المفقود والمال.

بغير علم، وقد ذهب القوم، ولا نعرفهم، ولا نعرف أوطانهم، فقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به؟ قال فقال: تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة، فقال يونس فقلت له: لست أعرفهم، ولا ندري كيف نسأل عنهم، قال: فقال: بعه وأعط ثمنه أصحابك، قال: فقلت: جعلت فداك أهل الولاية؟ قال: فقال: نعم) [١].

ومن هذه الرواية يظهر لنا التصدق بالمال بعد حصول اليأس من صاحبه ومن العثور عليه فيأمر الإمام (عليه السلام) بالتصدق ليكون التصدق بالمال هو الطريق للوصول إلى صاحبه.

القسم الرابع: ويتضمن الإذن بالتصدق بذلك المال، ولكنه مشروط بأخذ الرخصة من الإمام (عليه السلام) بذلك التصدق، ويظهر ذلك جلياً في رواية (محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن موسى بن عمر، عن الحجال، عن داود بن يزيد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رجل: اني قد أصبت مالاً، واني قد خفت فيه على نفسي ولو أصبت صاحبه دفعته إليه، وتخلصت منه، قال: فقال له أبو عبد الله (عليه السلام): والله أن لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ قال: إي والله، فقال: فأنا والله ماله صاحب غيري، قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره، قال: فحلفت، فقال: فاذهب فاقسمه في إخوانك، ولك الأمن مما خفت منه، قال: فقسمته بين اخواني) [٢].

فمن قول الإمام (عليه السلام): (والله ماله صاحب غيري) يتضح لنا جلياً حكم هذا المال المجهول مالكه الأصلي، وأنه لابد فيه من إرجاعه إلى الإمام (عليه السلام) لأنه صاحبه ليقول كلمته في ذلك.

ومن هذا العرض لهذا الأخبار تلخص لدينا:

القسم الأول من الأخبار، يحث على طلب صاحب المال فقط.

---

(١) الشيخ الكليني: الكافي/ ٥، ٣٠٩، باب النوادر، تصحيح وتعليق: علي أكبر الغفاري.

(٢) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٢٥، ٤٥، ح١، باب حكم ما لو وجد المال مدفوناً.

والقسم الثاني من الأخبار، يدل على كون المال أمانة بيد الواجد.

والقسم الثالث من الأخبار، يدل على جواز التصدق من دون استئذان.

والقسم الرابع من الأخبار، يدل على التصدق بعد الاستئذان، لأنه مال الإمام (عليه السلام).

ويقف شيخنا الأستاذ (دام ظله) ليختار القسم الرابع، لكونه مقدماً على بقية الأخبار المذكورة، إذ أن أمر الإمام (عليه السلام) في القسم الثاني بالمحافظة على المال وإبقائه أمانة أو أمره في القسم الثالث، بالتصدق به يمكن أن يكون لبيان الحكم الواقع، ويمكن أن يكون إذناً خاصاً من الإمام (عليه السلام) في إبقائه أمانة أو في التصدق به، وقوله: في هذه الرواية الرابعة: «والله ماله صاحب غيري» ثم أمره بالتصدق يكون شارحاً لذلك الإجمال في ذينك الخبرين، ومبيناً أن المراد به هو المعنى الثاني، وبذلك يكون هذا الخبر الرابع، حاكماً على الخبرين المذكورين بمعنى أنه يكون شارحاً لهما، ومبيناً للإجمال فيهما فتكون الحكومة حكومة شرح وإيضاح.

وبتعبير آخر، إن الإمام (عليه السلام) أرجع ذلك إليه فيهما، وقد أمر في ذينك الروايتين بالتصدق، والامانة، ويكون ذلك إذناً خاصاً منه في التصدق أو الحفظ عنده، وإلاّ فإنه مال يرجع أمره إليه، وليس التصدق لولاية من بيده المال شرعاً فلا ولاية له على ذلك، بل الولاية للإمام (عليه السلام)، وقد سأله عن أمر ذلك المال فأمره الإمام (عليه السلام) بالتصدق.

وقد يعترض: بأن مجهول المالك كاللقطة لابد فيه من التعريف سنة فإن حصل صاحبه، وإلاّ فهو لقطة يجري عليه ما يجري عليها، وليس الحكم فيه هو إرجاعه إلى الإمام (عليه السلام).

كل ذلك يظهر من الخبر الوارد في لص أودع متاعاً مسروقاً عند آخر فجاء الأمين ليسأل الامام الصادق (عليه السلام) عن حكم هذه الوديعة والرواية عن (محمد بن الحسن بإسناده عن الصفار، عن علي بن محمد القاساني، عن سليمان بن داود المنقري، عن حفص بن غياث، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه

رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً، واللص مسلم هل يرد عليه؟ فقال: لا يرده فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، وإلاّ كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلاّ تصدق بها فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله الأجر، وإن اختار الغرم غرم له، وكان الأجر له) [1].

إن هذا الحكم ربما كان من مختصات موارد أمانات اللصوص لخصوصية في البين تقتضي التعريف بذلك المال سنة، ومن ثم التصدق به. مضافاً، إلى أن مجهول المالك لابد فيه من التعريف إلى حد يحصل اليأس عن العثور على صاحبه وهذا الخبر أيضاً من موارد مجهول المالك، وقد جاء السائل يعرض الموضوع على الإمام (عليه السلام) فأمره بعد مرور السنة بالتصدق، أما التحديد بالسنة فلأنه بها يحصل اليأس على العثور غالباً.

بقي عندنا القسم الأول، وهو الخبر الوارد فيمن كان له حق، ولا ندري أين يطلب صاحبه، وهذه الرواية عرفت أنها تختلف عن بقية الروايات، لأن بقية الروايات إنما تضمنت الحكم بعد اليأس عن حصول صاحب المال، وهذا المعنى لم يظهر في القسم الأول، بل أقصى ما فيها أنه لم يعرف صاحبه أو نسبه، أو وارثه فأمره الإمام (عليه السلام) بطلب صاحبه ولم يعرض السائل بخدمته أنه قد حصل له اليأس، بل أقصى ما في البين أن السائل قد أخبر الإمام (عليه السلام) بأن البحث عن صاحب المال قد طالت مدته، وهو لا يدل على اليأس، وإلاّ لألحق قوله إن ذلك قد طال، وقد أيست من صاحبه، ولهذا نرى الإمام (عليه السلام) يكرر عليه الأمر بالطلب، ولا معنى لهذا التكرار مع فرض أن الإمام (عليه السلام) فهم من السائل حصول حالة اليأس من العثور على صاحبه.

إذن، فلا تكون هذه الرواية دليلاً على التوقف في مجهول المالك، ويتحتم علينا الأخذ بالطائفة الرابعة، والتي عرفت أن مفادها هو أن هذا النوع من المال راجع إلى

---

(١) المصدر المتقدم: ٢٥، ٤٦٤، ح١، باب حكم لقطة الحرم.

الإمام (عليه السلام) حسبما جاء من قوله (عليه السلام): (والله ماله صاحب غيري).

غايته، أنه أمره أمراً شخصياً بأن يتصدق به لا أن حكمه الشرعي هو ولاية التصدق به لمن هو في يده من دون مراجعة الإمام (عليه السلام).

وحيث عرفت بعد تقديم الأخبار الدالة على التصدق بمجهول المالك بعد مراجعة الإمام (عليه السلام) فيه يظهر لنا بوضوح، حال الأوراق النقدية، وما شاكلها كطوابع البريد، وتذاكر القطار السارية المفعول فإنها أموال لا يعرف صاحبها، ولابد فيها من التعريف حتى يحصل اليأس عن العثور على صاحبها، وهذه وإن كانت غير معلّمة، ومميزة إلاّ أن بعض القرائن الخارجية قد توجب اطمئنان النفس بصدق لهجة من يدعي أنه صاحبها، وعلى أي حال، فبعد حصول اليأس من غير نظر إلى مرور السنة أو أكثر، ولم يحصل صاحبها لابد فيها من الرجوع إلى الحاكم الشرعي ليأذن بالتصدق بها عن صاحبها أو يأمر بها في صرفها في جهة أخرى حسب نظره. بعد هذا فلو التقط شخص شيئاً من هذه الأوراق النقدية، وما كان على شاكلتها فقد عرفت أنه لا يجوز تملكها ابتداءاً، بل لابد فيها من الرجوع إلى الحاكم الشرعي بعد حصول اليأس من مجيء مالكها ليقول كلمته فيها من التصدق أو التملك أو غيرهما. فلو عمل الملتقط كل ذلك، وتصدق بالمال عن صاحبه بعد الرجوع إلى الحاكم الشرعي، وبعد هذا حضر صاحب المال فهل له المطالبة بالمال أو لا؟

الظاهر عدم ذلك لأن الإمام (عليه السلام) أو الحاكم الشرعي إنما فعل ذلك بحسب ولايته الشرعية عليه فلا حق له بمطالبته، وهذا بخلاف ما لو كان الملتقط قد تصدق بالمال من دون مراجعة الحاكم الشرعي ليستأذن منه، لو قلنا: بولاية الملتقط أو من بيده مجهول المالك على التصرف بالمال فإن صاحب المال يتمكن حينئذٍ من مطالبة ذلك الشخص بماله. ربما يقال بذلك.

ولكن الصحيح، أن مجهول المالك حتى لو قلنا بأن ولايته بيد من كان المال عنده فإن هذا المقدار بنفسه كافٍ في نفوذ التصرف، وإن لم تكن له الولاية على نفس المالك كما هي للإمام (عليه السلام) أو الحاكم الشرعي.

تنبيه:

من مطاوي البحث عرفنا، أن مجهول المالك هو المال الذي لا يعرف صاحبه. ولكن شيخنا الأستاذ (دام ظله) أراد أن ينبه على توسعة هذا التعريف وشموله للمال معلوم المالك، ومجهول محل الإقامة، بحيث لا يشترط في المال أن يكون صاحبه مجهولاً من الابتداء ليكون منطبقاً على مثل الأمانة التي أودعها اللص عند آخر فجاء الأمين يسأل الإمام (عليه السلام) عن حال هذه الوديعة التي لا يعلم صاحبها الحقيقي بل يكون المال مجهولاً حتى ولو عرف صاحبه، ولكنه جهل محل الإقامة، وبحث عنه فلم يعثر عليه ـ كما تضمنته الرواية المتقدمة ـ فيمن بقى عنده بعض متاع رفيقه فإن ذلك المال معلوم مالكه لأنه متاع إلى رفيقه، ولكنه جهل محل إقامة ذلك الرفيق فكان في عداد المال مجهول المالك.

الخلاصة:

وبعد هذه التوسعة في المال مجهول المالك نرى:

إن كلما كان له اعتبار مالي، ولم يمكن تشخيصه بعلامات فارقة لو التقطه الشخص أو وصل بيده من دون التقاط، ولم يعرف صاحبه فهو مال مجهول المالك، ولابد فيه من الرجوع إلى الحاكم الشرعي بعد حصول اليأس عن مجيء مالكه ليقول كلمته فيه.

أعمال البنوك والمصارف

كلمة لابد منها، أقسام البنوك والمصارف، الأمانات، التوفير، الكفالات، الحوالات، تحصيل الشيكات، تحصيل الأوراق التجارية، الحسابات الجارية، بيع وشراء الأسهم والسندات، خصم الأوراق التجارية (الكمبيالات)، الاعتمادات المستندية، خطاب الاعتماد، معاملات مصارف الرهون والعقار والصناعي.

كلمة لابد منها:

لم يكن التعامل السائد الآن في العالم محافظاً على طابعه القديم، بل أخذ ـ نتيجة للتطور ـ يخضع إلى النظم الاقتصادية الحديثة، وقد اعتمد واضعوا تلك النظم على تركيز الأسس الربوية لبناء التعامل السوقي، وبطبيعة الحال، أن هذا يبتنى على نظام الفوائد، وهذا مما لا تقره الشريعة الإسلامية المقدسة بل، وقد كافحته بشتى الوسائل.

وفي الوقت نفسه، لابد من الاعتراف، بأن الحياة الاقتصادية أخذت تحتم على الأفراد، بما فيهم تجار وغير تجار، من التعامل مع المصارف أو البنوك سواء بالمباشرة أو بوسائط عديدة بحيث أصبح من العسير الانفكاك عنها بعد أن أصبح التعامل السوقي مرتبطاً ارتباطاً كلياً بالمؤسسات المصرفية.

وبين هذين يقف الشخص، والحيرة تأخذ عليه مسالك التفكير فما يصنع؟

إن ضروريات الحياة تلجئه إلى التعامل المذكور.

والشريعة المقدسة تأمره بالابتعاد عن الربا، والتعامل فيه، فهل بالإمكان أن ينعزل الشخص ويترك هذا المجتمع ليحافظ على دينه، ومن ثم الابتعاد عن الربا وآثامه؟

أو يترك الباب مفتوحاً على مصراعيه فلا يبالي بما تمليه عليه الشريعة المقدسة من التنديد، بأكل المال بالباطل، وليكن بعد ذلك ما يكون لكل من هذين المسلكين محاذيره ومشاكله.

ولابد والحالة هذه من ملاحظة جميع الأعمال التي تجري عليها البنوك والمصارف في يومنا الحاضر، لنرى مدى التقائها مع الطرق الشرعية الصحيحة والتي تكون بعيدة عن الربا والربوات، فقد (أحل الله البيع وحرم الربا).

وإلى جانب ذلك، فتح لنا الشارع المقدس طرقاً عديدة لاستحصال الربح من الطرف الآخر، تكون بعيدة عن ـ أكل المال بالباطل ـ كالهبة والجعالة وما شاكل.

أقسام البنوك والمصارف:

إذا صنفنا البنوك والمصارف لرأيناها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول ـ حكومية:

ويكون رأس مالها مكوناً من أموال الدولة، ولا حق لشخص معين فيه، بل هو مصلحة حكومية.

الثاني ـ أهلية:

ويتكون رأس مال البنك الأهلي من اشتراك عدد من ذوي المال، وتكون الأرباح مقسمة على نسبة الحصص التي يملكها كل مشترك منهم.

الثالث ـ مشتركة بين الحكومة والأهالي:

وتكون مجموع الحصص مشتركة بينهم على نسبة معينة بين الطرفين.

ونتيجة لهذا التقسيم تكون أموال البنوك الحكومية مجهولة المالك، بينما تكون البنوك الأهلية معلومة المالك. أما البنوك المشتركة فإن أموال الدولة فيها تكون مجهولة المالك، وقد اختلطت بأموال معلومة المالك، وهي أموال الأهلين الذين كانت لهم سهام فيه.

البنوك الحكومية:

وطبيعي أن إفراد البحث، والكلام فيها كقسم مستقل، إنما هو بناءاً على أن الدولة لا تملك ما تحت يدها من الأموال فيكون ذلك المال من أفراد المال المجهول مالكه، وأما من يرى من الفقهاء بأن الدولة ـ وإن كانت جائرة ـ مالكة، فحينئذٍ، لا يفرق الحال من الوجهة العلمية بين بنوك الدولة، أو الأهالي ولا يكون أثر لهذا التقسيم[1].

---

(١) لا يسع المقام البحث عن مالكية الدولة أو عدم المالكية. فقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك، والمهم في البين، هو أن شيخنا الأستاذ (دام ظله) لا يرى مالكية الدولة، وللبحث أدلته ولا مجال للتطرق إليها.

وعلى اعتبار أن أموال البنوك والمصارف الحكومية مجهولة المالك تختلف طبيعة المعاملة المصرفية، لأن في بعضها يكون الشخص هو الذي يدفع المال إلى البنك ابتداءاً، ليسترجعه منه بعد مدة، وهذا كما في الودائع والحوالات والتوفير، وأمثالها.

ويكون إعطاء المال في هذه الصور من قبل الشخص إلى البنك بمنزلة من أتلف ماله، وعند الاسترجاع يكون ما يأخذه منهم مع ما يضاف إليه من الفوائد من فروع المال المجهول مالكه، ويحتاج حينئذٍ، إلى إجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال المأخوذة، ولا يتحقق في البين قرض، ولا يكون ما يأخذه من الفرع المستحق من الفوائد الربوية.

وهناك، وفي بعض الصور الأخرى يكون البنك هو الدافع الابتدائي للمال ويستلم ما يدفعه بعد مرور مدة معينة من القابض، ويتحقق ذلك في جميع صور الإقراض من جانب البنك، وبعض صور التحويل.

ومن الواضح، أن المال المأخوذ من البنك ابتداءاً يكون من المال المجهول مالكه، ولابد للتصرف فيه من إجازة الحاكم الشرعي كما تقدم.

وأما حين الاستحقاق، ومطالبة البنك للمدين بما دفعه إليه فإن ما يدفعه المدين من الأصل والفروق المستحقة يكون مأخوذاً منه على نحو القهر والإجبار حيث لا يسعه التخلف عن إعطاء ذلك المقدار من المال، ولابد من الالتفات إلى أن الشخص سواء في حالة القبض للمال، أو في حالة الدفع إليهم، لا يصح له نية الاقتراض والقرض، وأخذ الفوائد ودفعها، فإن الطرف المقابل لا يملك ما تحت يده من المال، فالمعاملة من الأصل باطلة، ولا يتحقق فيها من ذلك شيء.

البنوك الأهلية:

وتتكون من الأموال التي جمعت من قبل المساهمين، وبعد العمل بها يكون المجموع من الأموال الحلال المختلطة بالحرام، ذلك لأن هؤلاء لم يجروا في معاملاتهم المذكورة على أصول الشركة من التجارة المحللة بتلك الأموال، بل أخذوا يجرونها في المعاملات التي يتحقق فيها الربا، كالأمانة وبعض صور التحويل والتنزيل، مع عدم

الالتفات منهم إلى الطرق التي يمكن التخلص فيها عن الربا وآثامه، وحينئذ، فتكون معاملات القرض كلها باطلة وفاسدة. وعليه، فلا يخرج المال المقبوض منهم عن واحد من محتملات ثلاثة:

١ـ إنه مال حلال لاحتمال أن يكون ذلك المقبوض مما أجريت عليه معاملة صحيحة، أو أنه مال للبنك أرجعه المستقرض عند استحقاقه، وإن كان أصل القرض فاسداً، أو أنه مال دفعه إليهم شخص يريد تحويل مبالغ من النقود إلى بلد آخر، ودفع لهم فرقاً ـ حيث ينزل ذلك على القرض من المحول للبنك ـ ويكون إعطاء الفرق من ناحية المقرض لا المستقرض، ولا مانع منه. كما سيظهر ذلك عند البحث عن صور التحويل.

٢ـ ويحتمل أن يكون ذلك المال من الحرام، لأنه مأخوذ من الفوائد الربوية.

٣ـ ويحتمل أن يكون مالاً حلالاً قد اختلط بالحرام.

ففي هذه الصور، لو أحرز القابض أن ما بيده من المال من أي من هذه المحتملات الثلاثة، لانتهت المشكلة، لأنه بالنسبة إلى ما يعلم حليته فقد ملكه وبالنسبة إلى ما علم حرمته، أو كونه من المختلط فلابد فيه من إجازة الحاكم الشرعي للتصرف فيه.

ولو لم يحرز، وكان احتمال كونه من أحد المحتملات الثلاثة موجوداً، فإن يد المعطي كافية لاعتبار ذلك المال حلالاً، لأن اليد إمارة على ملكية صاحب اليد على ما تحت يده، ويكون هذا كافياً لجواز الأخذ منه، وإن كان احتمال كون ذلك المال من الحرام، أو كونه من المختلط موجوداً. كما هو مضمون الرواية (عن علي ابن إبراهيم، عن هارون بن مسلم، مسعدة بن صدقة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) ، قال سمعته يقول: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته، وهو سرقة، أو المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه، أو خدع فبيع قهراً، أو امرأة تحتك، وهي أختك، أو رضيعتك، والأشياء كلها على

هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة)[1].

البنوك المشتركة:

فإن احتياج العميل معهم إلى إجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال لازمة له، وذلك لأن الصورة الأولى من الصور الثلاث المذكورة في الأموال الموجودة في البنوك الأهلية الصرفة لم تتحقق هنا لانتفاء احتمال كون ما قبضه من المال من الحلال الخالص، لأن هذا المال قسم منه يعود إلى الدولة، وهو مجهول المالك، ويضاف إليه الإشكال في أصل الخلط للمالين: أموال الدولة وأموال الأهالي فإنه من الخلط بين معلوم المالك ومجهوله، وذلك موجب لعدم صحة المعاملة والمعاوضة عليه.

أعمال البنوك:

١ـ الأمانات:

وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك والمصارف، حفظاً لها من التلف، وقد شجعت البنوك هذا النوع من الإيداع سواء كان لمدة محدودة أو غير محدودة إذ في مثل هذه الحالة يستطيع البنك استثمار هذه الأموال في موارد النفع بين فترتي الإيداع والسحب، وبإزاء هذا الإيداع يعطي البنك فائدة للمودع تختلف باختلاف المدة التي يكون المال فيها مودعاً.

ولا توقف في نفس الإيداع من الجهة الشرعية لو تخلى عن أخذ الفائدة عليه، ولمعرفة حال هذه الفائدة لابد لنا من ملاحظة حال الأمانة من الناحية الشرعية.

وقد أبدى شيخنا الأستاذ (دام ظله) رأيه في الموضوع بما يلي:

الأمانة الشرعية حكمها ان لا يتصرف الأمين بما أودع لديه من المال، وأما لو أذن صاحب المال بأن يتصرف الأمين بالمال المؤمن ـ كما هو الحال في الودائع لدى البنوك والمصارف ـ سواء كان الإذن حين الإيداع، أو بعده، فلابد من تحليل هذا

---

(١) الحر العاملي: المصدر المتقدم/ ١٧، ٨٩، ح٤، باب عدم جواز الانفاق في الكسب الحرام ...

الإذن بالتصرف، وما هو المقصود منه؟

ويتصور الإذن بالتصرف على صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون مفاد الإذن المذكور هو بقاء المال على ملك صاحبه، وللبنك حق التصرف فيه، وحينئذ، يكون العوض المأخوذ بتلك الأموال ملكاً لصاحب المال، لأنه دخل في ملك من خرج المال من ملكه، ولا يمكن تنزيل معاملات البنوك على هذه الصورة لأنها لا تستغل هذه الأموال على أن ما تشتريه بإزائها لأصحاب تلك الأموال، بل هي أعواض راجعة للبنك، والبنك يحتسب فوائد معينة يعطيها لصاحب المال.

الصورة الثانية: أن يكون مفاد الإذن بالتصرف راجعاً إلى كون العوض المأخوذ بإزاء تلك الأموال راجعاً إلى المتصرف، والذي هو البنك فيكون المال لأحدهما، وهو صاحبه، والعوض للآخر، وهو البنك، وهذا غير معقول، إذ كيف تجتمع إباحة التصرفات الناقلة مع كون العوض ملكاً للمتصرف، لأنه لابد أن يدخل أحد العوضين في ملك من خرج العوض الآخر عن ملكه، إذ أن طبيعة المعاوضة تقتضي ذلك فإن من يأخذ العوض لابد، وأن يكون المال المدفوع بإزاء ذلك العوض خارجاً من ملكه. أما لو خرج من ملك شخص آخر ـ كما في مفروض هذه الصورة ـ فلم يحصل في البين تعاوض، بل يكون الخارج خارجاً بلا عوض، والداخل داخلاً بلا عوض، فلا تتحقق في البين معاوضة.

وقد حقق شيخنا الأستاذ (دام ظله)، ذلك في باب المعاطاة تحقيقاً كاملاً [1]. إذن،

---

(١) إعلم أن المعاطاة، تارة: تنزل على البيع، ويكون الدافع بائعاً والقابض مشترياً. ولا يعوزهما إلاّ التلفظ، فمن دفع ديناراً إلى صاحب الطعام، وأخذ صاحب الطعام الدينار، وأعطاه المقدار من ذلك كان الأول مشترياً، والثاني بائعاً، وحينئذٍ، تجري على ذلك أحكام البيع ما عدى اللزوم، فإن اللزوم إنما يكون بالعقد، أما الفعل المعاطاتي فلا أثر له إلاّ التمليك والتملك، ويكون لكل منهما حق الرجوع واسترجاع ما دفعه وإرجاع ما قبضه إلاّ أن تطرأ أحد الملزمات المذكورة في باب المعاطاة كالتصرف في أحدهما ـ على تفصيل مذكور في محله ـ وثانية: تنزل على أن الدافع للدينار ـ مثلاً ـ إنما يدفعه لا بعنوان التمليك، بل بعنوان الإباحة فيكون كل منهما قد أباح لصاحبه التصرف فيما دفعه إليه، مع بقائه =

فبقاء المال على ملك صاحبه، واعتبار كون العوض المأخوذ بإزائه للمتصرف فيه لا يكون معقولاً، وحينئذ، لا مجال لنا إلاّ اعتبار كون إباحة التصرفات بالمال المودع من قبل صاحبه إنما هي إباحة في تملك المال فإذا أذن صاحب المال أن يتصرف الأمين بالمال تصرفاً ناقلاً كان ذلك عبارة أخرى عن الإذن في تملك المال، ثم إيقاع المعاوضة عليه من قبل المأذون ويكون المال خارجاً عن ملك المأذون وعوضه داخلاً في ملكه.

وإذا وصلت النوبة إلى التملك لاحظنا أن الطريق هنا إلى التملك منحصر في موردين:

الأول: التملك المجاني كأن يقول صاحب المال للبنك: أنت مأذون في تملك هذا المال والتصرف به بما شئت بعد ذلك، ولكن، لا يمكن تنزيل معاملات البنوك على هذه الصورة لأن لازمه أن صاحب المال لا يستحق شيئاً على البنك بعد ذلك لإذنه له بالتملك ودخول العوض في ملك البنك، مع أن صاحب المال لا تسمح نفسه بذلك قطعاً.

الثاني: أن يكون تملك المال من قبل البنك تملكاً ضمانياً لا مجانياً، بمعنى أن المالك يقول للبنك: (تملك هذا المال عني مضموناً عليك، وتصرف به لنفسك) ولا يخرج هذا عن القرض لأن القرض لا يخرج عن كونه تمليك المال إلى الغير مضموناً عليه، ويكون إعطاء الفائدة بإزاء ذلك القرض المذكور من المدين، والذي هو البنك لصالح الدائن، وهو صاحب المال ـ وهو من الربا ـ وإنما سمي أمانة بلحاظ أن هذا الإقراض ليس لمصلحة المستقرض، وهو البنك فقط، وإنما هو لمصلحة المقرض ـ المودع ـ أيضاً لأن البنك يحافظ بهذا الايداع على المال من السرقة والتلف، ولأجل هذه الجهة يسمى إيداعاً، وقد قرروا الفائدة عليه شيئاً معيناً لا يتجاوز الحد الأعلى له ٤٪ بينما قرروا الفائدة على (الكمبيالات) ٥٪ أو أكثر حسب اختلاف البنوك.

وهذا التفاوت هو الذي يثبت لنا أن الإقراض في باب الودائع ليس لمصلحة

= على ملكه ما لم يطرأ أحد التصرفات الناقلة ـ على أشكال وتفصيل ـ في ذلك.

أما شيخنا (دام ظله) فقد اختار الوجه الأول، ولا مجال لذكر الأدلة على ذلك.

المستقرض فقط بل هو لمصلحة المقرض أيضاً، والذي هو صاحب المال، أما بقية الأبواب كالكمبيالات، أو ما شاكل فإن الإقراض فيه يكون لمصلحة المستقرض.

وفي الحقيقة، إن هذا القرض لا يتعدى بقية القروض، لكنه بحيلة اقتصادية ترغيباً من البنوك إلى الناس في إيداع أموالهم لها من التلف، وتعويداً لهم على الادخار.

فهو قرض حقيقة بعنوان الإيداع، وإلاّ فهو اجنبي عن الأمانة الشرعية.

نعم، هناك صورة يصح فيها هذا النوع من الإيداع، ولو كانت نتيجته القرض.

وتصويرها: أن لا يكون إعطاء الفائدة من قبل الأمين مأخوذاً كشرط في عقد القرض من طرف المقرض بل أن صاحب المال يقرض البنك المبلغ الذي عنده من دون شرط إلاّ أن البنك تفضلاً منه يخصص مقداراً من الأرباح التي تحصل لديه ليضيفها إلى أصل المال، وليس ذلك من الربا كما قال المحقق: (القرض إذا شرط فيه المقرض الفائدة كان حراماً، وأما لو لم يشترط الفائدة بل التزم المستقرض إعطاء الفائدة فهو ليس من الربا) [1].

وبناءاً على هذا، فتصح هذه المعاملة، ولا تكون من الربا. إلاّ أنه لا يمكن تنزيل معاملات الودائع في البنوك عليه. إذ أن دفع الفرق بإزاء إيداع المال، وإن لم يصرح فيه بين المتعاقدين إلاّ أنه مما تبانى عليه الطرفان فهو منظور أساسي لكلا الطرفين المودع، والمودع عنده فيكون شرطاً ضمنياً، ومع ذلك، لا تكون هذه المعاملة صحيحة لاشتمالها على الربا.

وهل يخرج هذا النوع من الإيداع على العارية الشرعية؟

فلم لم يكن هذا المال المودوع عند البنك من قبيل العارية الشرعية، والتي يجوز

---

(١) ولدى مراجعتي لعبارة المحقق الحلي (رحمه الله) المذكورة لم أجدها في الشرائع بهذا النص بل وجدت ذلك كما يلي «فلو شرط النفع حرم ولم يفد الملك نعم لو تبرع المقترض بزيادة في العين أو الصفة جاز» المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ كتاب التجارة ـ المقصد الخامس في القرض.

التصرف بها من قبل المستعير، ويكون إعطاء الفرق على ذلك المال من قبيل الهبة، أو ما شاكل من الوجوه التي يصحح بها إعطاء الفروق ـ كما تقدم ـ.

ويجاب عن ذلك، بأن العارية، وإن كان يجوز للمستعير التصرف بها إلاّ أن ذلك مشروط ببقاء العين، وتكون التصرفات مختصة بغير التصرفات الناقلة [1] وإلاّ فلو كانت التصرفات موجبة لعدم بقاء العين فلا تكون عارية شرعية كما نحن فيه من الأموال فإن التصرف بها يوجب عدم المحافظة على العين، ولذلك فهي ليست بعارية كما لا يخفى.

إذن، فإيداع المال عند البنك وأخذ الفائدة عليه لا يكون صحيحاً من الوجهة الشرعية لما عرفت، من أن هذه المعاملة منزّلة على القرض وأخذ الفائدة عليه.

ولكن يمكن تصحيح هذه المعاملة بنحو، إذا قصد الدافع بدل إجراء المعاملة قرضاً إجرائها على نحو البيع بينه، وبين البنك فيبيع له الأقل النقدي بإزاء الأكثر المؤجل ـ مثاله ـ أن يبيع للبنك مائة دينار نقدية بمائة وثلاثة دنانير مؤجلة لسنة واحدة، فتكون المعاملة صحيحة بناءاً على ما ذكرناه في البحث عن الأوراق النقدية، وأنها ليست من الجنس الربوي حيث لم تكن مكيلة ولا موزونة فلا مانع من التفاضل فيها. كما أنها ليست من النقدين المسكوكين كي يعتبر التقابض فيها في المجلس لتجري عليها أحكام الصرف، وحيث تمت المعاملة البيعية بين الطرفين للمدة المحدودة بينهما فلا يجوز لكل منهما الفسخ قبل المدة.

٢ ـ التوفير:

ولو لاحظنا التوفير، لما وجدناه شيئاً خاصاً يختلف عن الأمانات التي سبق البحث عنها. إلاّ أن التوفير أنشيء من قبل البنوك والمصارف لتشجيع صغار المدخرين، حيث يقبل البنك المبالغ القليلة لإيداعها باسم أصحابها.

ولذلك يجري عليه كلما بيناه في البحث السابق.

---

(١) راجع في هذا الشرط جميع المصادر الفقهية.

إلاّ أن هناك فرقاً بين الأمانات، والتوفير، فالأمانة لا يتمكن صاحبها من استرجاعها قبل المدة، ولكن في التوفير لصاحب المال استرجاع ما أودعه في أي وقت شاء، وتحسب له الفوائد على المدة التي كان المال فيها تحت تصرف الأمين ـ وهو البنك ـ.

فلو أردنا تصحيح التوفير بتنزيله على المعاملة البيعية بين الطرفين لما كان بالنظر الأولي لصاحب المال استرجاعه في أي وقت شاء، ولكنه يمكن أن تنزل هذه المعاملة على أن يشترط صاحب المال الخيار لنفسه على البنك في أن له أن يسترجع ماله في أي وقت شاء لكنه مشروط بأن يدفع البنك الفرق على المدة التي يبقى فيها المال عنده بالنسبة فلو كان الفرق لتمام السنة هو أربعة دنانير وأراد الفسخ في نصف السنة كان نفوذ فسخه مشروطاً بأن يدفع البنك له دينارين.

إلاّ أن معاملات التوفير جارية على القرض والفائدة لا على البيع بالأكثر فتكون باطلة من هذه الجهة.

٣ ـ الكفالات:

ويراد بالكفالة، أن يتعهد طرف لطرف آخر بالقيام بعمل معين يتفق عليه الجانبان فيسمي الطرف الأول «متعهداً» بينما يكون الطرف الثاني «متعهداً له» وفي هذه الحالة قد يطلب الطرف الثاني من الطرف الأول، ضمانات مالية تعوضه عما قد يصيبه من خسائر فيما لو انسحب الطرف الأول دون أن يتم ما تعهد بالقيام به، لذلك يلجأ هؤلاء المتعهدون إلى البنوك والمصارف لتكفلهم وتضمن قيامهم بالعمل الذي اتفقا عليه، وفي هذه الحالة، يصدر البنك خطاباً إلى المتعهد له يتعهد فيه بكفالة الطرف الأول وضمانه بأن يدفع عنه مبلغاً من المال إذا طولب بدفعه وفرض عدم قيام الطرف الأول بما اتفق عليه مع الطرف الثاني.

وتشترك الجهات الثلاث، وهي المتعهد، والمتعهد له، والكفيل في الفائدة.

فالمتعهد: يستفيد من هذه الكفالة بأنه لا يقدم ضماناً مالياً إلى الطرف الآخر بل

يمكنه الاستفادة منه في نواحي أخرى من أعماله التجارية.

والمتعهد له: تكون فائدته من هذه الكفالة هي ضمان حقه وحصول من يعوضه عما قد يصيبه من الخسائر لو انسحب الطرف الأول، ولم يتم ما تعهد به.

والكفيل: يستفيد من كفالته لأنه يتقاضى ممن يكفله عمولة يتفق عليها بازاء كفالته له.

ومن هذا العرض نعرف أن الأركان في هذه المعاملة ثلاثة:

المكفول له: وهو المتعهد له.

والمكفول: وهو المتعهد.

والكفيل: وهو البنك أو المصرف.

ولتوضيح بيان الحاكم الشرعي لهذه الكفالة يحسن بنا أن نوسع البحث فيها إلى **جهات ثلاث**:

الأولى: في وجه أخذ الكفيل المبلغ المعين من المكفول بإزاء كفالته له أمام المكفول له.

الثانية: في وجه أخذ المكفول له المبلغ الذي يتعهد به الكفيل لو تأخر المكفول عن القيام بما حصل الاتفاق عليه مع المكفول له.

الثالثة: في رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه، وهل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل عنه أو لا؟

أخذ الكفيل العمولة من المكفول:

وتخريج ذلك يكون على واحد من الطرق الآتية:

الأول: أن نجعل ذلك المال من الوعد الصرف الذي لا يجب الوفاء به.

الثاني: أن ينزل ذلك على الجعالة بإزاء كفالته له ليكون ملزماً بدفع المال المقرر للكفيل بعد صدور الكفالة منه.

الثالث: أن ينزل ذلك على التصالح بين الطرفين.

الرابع: أن ينزل ذلك على العقد بين المكفول والكفيل ليكون المكفول ملزماً بدفع المبلغ المقرر ويكون الكفيل ملزماً بدفع الكفالة بناءاً على ما حققناه في محله من عدم اختصاص العقود المأمور بالوفاء بها في الآية الكريمة:

﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] بالعقود المعهودة بل هي شاملة للعقود الحادثة التي جرى عليها العقلاء في الأعصار المتأخرة ما لم تكن مشتملة على ما دلت الأدلة على فساده كالربا ونحوه من مفسدات المعاملة.

أما شيخنا الأستاذ (دام ظله) **فقد رجح الوجه الرابع**، على بقية الوجوه لكون ما نحن فيه من المعاملات المستحدثة التي لا يمنع من نفوذها مانع شرعي، وفي الوقت نفسه فإن إطلاق: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ، كافٍ في لزوم الوفاء بها. وتنزيلها على إحدى الصور السابقة لا يخلو من بعد.

أما قولنا بأن هذا النوع من الكفالات مستحدث، ولم يكن له وجود على عهد المشرع الإسلامي فذلك، لأن الكفالة التي يذكرها الفقهاء والتي كانت في الصدر الأول هي:

أن يتعهد الكفيل بإحضار شخص المكفول لدى المكفول له، وبهذا المقدار لا يستوجب الضمان بحال من الأحوال، ومما سيأتي يتضح لك أن الكفالة مقتصرة على إحضار نفس الشخص لا التعهد بالخسارة في نظر الفقهاء[2].

---

(١) سورة المائدة: الآية، ١.

(٢) عرف فقهاء الشيعة الكفالة: بأنها (عقد شرع للتعهد بالنفس). ولم يخالف في ذلك منهم إلاّ النادر حيث جاء في جامع المقاصد (أنه يصح التكفيل بالاعيان المضمونة) كما عن مفتاح الكرامة: الفصل الثاني من كتاب الكفالة، وطبيعي أن الأعيان المضمونة تشمل النفس وغيرها من الأموال، أما الضمان عندهم فهو (عقد شرع للتعهد بالمال) وبهذا يفترق الضمان عن الكفالة، وقد صرحت جميع المصادر الفقه الإمامي بهذا الفرق. أما بقية المذاهب الإسلامية، فإن الأحناف منهم: يخلطون بين هذين المصطلحين فيطلقون الكفالة على التعهدين المالي والنفسي ومصادرهم الفقهية طافحة بهذا المعنى. =

فإذا اعتبرنا هذا النوع الجديد من الكفالة من جملة العقود التي ينطبق عليها لزوم الوفاء بالعقد بضميمة ما حققناه في محله من عدم اختصاص العقود المأمور بالوفاء بها بالعقود المعهودة بل هي شاملة لكل عقد ما لم يكن فاسداً فلا مانع، إذن من أخذ المبلغ من المكفول لصالح الكفيل سواء كان المكفول فرداً أو مؤسسة تجارية.

إلزام الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له:

فلو تخلف المكفول عن القيام بما اتفق عليه الطرفان فهل يلزم الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له.

وللتوضيح نقول، لو تعهد شخص ببناء ـ مدرسة ـ لآخر واتفق الطرفان على أنه لو تخلف المتعهد بما اتفقا عليه فعليه أن يخسر كذا مقدار من المال إلى المتعهد له واستعد الكفيل على تحمل الخسارة لو أخل المكفول بما اتفق عليه مع المكفول له. فهنا، لو اتفق أن المكفول تخلف عن القيام بما هو ملزم بالقيام به فإن الكفيل ملزم بدفع المبلغ إلى المكفول له بحسب العرف التجاري، وفي هذه الجهة الثانية نريد أن نرى أن الجهة الشرعية هل تلزم الكفيل بدفع الخسارة إلى المكفول له أو لا؟

بل له أن يتخلف عن ذلك فنقول:

إن طبيعة الكفالة المعروفة عندنا في الشريعة الإسلامية لا تقتضي ضمان الكفيل وخسارته لما على المكفول من حق إلى المكفول له ـ كما سبق بيانه ـ.

ولكن بعض الأجلة من علماء العصر ذهب إلى الضمان فقد قال فقيه عصره السيد أبو الحسن الأصفهاني (رحمه الله) ما يلي:

= فـ الكيريا شاه الحنفي أطلق تعريف الضمان على الكفالة حيث قال: (أما تعريفها ـ أي الكفالة ـ فقيل هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل في الدين). الفتاوى الهندية بحث الكفالة.

والحال، إن هذا تعريف للضمان في بقية المذاهب السنية.

ونقل عن الشافعي، عن أنه قال في أحد قوليه. بأن كفالة البدن ضعيفة، ولكنه في القول الآخر يذهب إلى جواز كفالة البدن كما يصحح الضمان في الحال. لاحظ بذلك المهذب للشيرازي: بحث الكفالة.

(وإن كان ـ يعني المكفول ـ غائباً غيبة منقطعة لا يعرف موضعه وانقطع خبره لم يكلف الكفيل إحضاره، وهل يلزم ما عليه الأقرب ذلك خصوصاً إذا كان ذلك بتفريط من الكفيل ـ إلى أن قال ـ: مسألة: إذا لم يحضر الكفيل المكفول فأخذ منه المال فإن لم يأذن له المكفول لا في الكفالة، ولا في الأداء فليس له الرجوع عليه بما أداه، وإذا أذن له في الأداء كان له أن يرجع به عليه سواء أذن له في الكفالة أيضاً أم لا، وأما إذا أذن له في الكفالة دون الأداء فهل يرجع عليه أم لا؟ لا يبعد أن يفصل بين ما إذا أمكن له مراجعته وإحضاره للمكفول له فالثاني وبين ما إذا تعذر له فالأول)[١].

من ظاهر كلمات السيد(رحمه الله) نفهم، أن المكفول إذا أذن للكفيل بالأداء كان للكفيل الرجوع على المكفول فيما أداه عنه، ومن الواضح، أن المكفول في يومنا هذا يأذن للكفيل بأن يؤدي عنه ما يتفق على الخسارة لو أخل هو بما التزم به إلى المكفول له، ولا يقدم الكفيل على ذلك ما لم يعتمد على مقدار الرصيد الذي يدعم المكفول من نقد أو عقار أو ما شاكل.

وقد نبه شيخنا الأستاذ (دام ظله)، بأن هذه التفريعات التي ذكرها الفقيه السيد الأصفهاني(رحمه الله) لعل الأصل فيها ما ذكره صاحب الجواهر(رحمه الله)[٢].

حيث قال: (نعم في المسالك ومحكى التذكرة ومجمع البرهان إنما يجب عليه الاحضار عند امكانه، أما إذا لم يمكن كما إذا غاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر لم يكلف إحضاره لعدم الإمكان ولا شيء عليه لأنه لم يكفل المال، بل قيل أنه ظاهر الباقيين أيضاً، لكن في القواعد لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر، وعن جامع المقاصد: أن الأول أصح لأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ، وهو المسقط للحق أو موت

---

(١) السيد أبو الحسن الأصفهاني: وسيلة النجاة ٢، ٢٤٦، الطبعة السابعة.

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام:٢٦، ٢٠١، تحقيق وتعليق: الشيخ علي الآخوندي، كتاب الضمان، باب الكفالة.

المكفول، وأن الكفيل وثيقة على الحق كالرهن فإذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة).

وقال العلامة الحلي(رحمه الله):

(وعلى الكافل دفع المكفول أو ما عليه) [1].

ونحوه عبارة المحقق الحلي صاحب الشرائع(رحمه الله) [2].

والآن، فهل أداء المال في عرض الإحضار أو في طوله؟ أو أن أداء المال أجنبي عن الكفالة بالمرة، وإنما يلتجئ إليه الكفيل؟ لو حبس على إحضار المكفول فله أن يتخلص من الحبس بأداء ما على المكفول؟

والظاهر، هو الأخير فإن الكفالة كما تجري في الأموال فكذلك تجري في غيرها كما في كفالة المدعى عليه للحضور للمرافعة، وكما في كفالة أحد الزوجين للحضور إلى الآخر.

هذا وغيره من كلمات الأعلام يعطينا بالنظرة الأولية أن الغرض من الكفالة هو إحضار نفس الشخص المكفول إلاّ أن الجماعة بنوا على أحد الاحتمالين الأولين أعني كون أداء المال من مقتضيات الكفالة، لكن.

إما مطلقاً فتكون الكفالة قاضية بالتخيير، أو في طوله بحيث أنه إنما يجب عليه من الحق ـ كما يشعر به تعليل جامع المقاصد ـ لأن الكفيل وثيقة على الحق، لكن كل ذلك لم يقم عليه دليل.

نعم، إذا تم اعتبار كون هذه المعاملة من المعاملات المستحدثة المشمولة لعموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فلا مانع حينئذٍ من تحمل الخسارة، على أنه يمكن توجيهها بما يوجه به الأمر المعاملي الموجب لضمان الآمر كما لو قال الآمر: ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، فيكون الأمر حينئذٍ بمنزلة الإيجاب وامتثال الطرف الآخر بمنزلة القبول.

---

(١) العلامة الحلي: تبصرة المتعلمين/ كتاب الكفالة، ١٥٤، تحقيق: السيد أحمد الحسيني، والشيخ هادي اليوسفي.

(٢) حيث قال(رحمه الله): (وان اقنع كان له حبسه أو يؤدي ما عليه) شرائع الإسلام: ص١٢٤، طبعة ايران.

وهذا التوجيه إنما يتم فيما لو قال الكفيل للمكفول لـه: «بعـه أو اسـتأجره وانـا ضامن لحقك».

رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه:

وتتضمن هذه الجهـة الثالثـة البحـث في رجـوع الكفيـل عـلى المكفـول، وهـل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل أو لا؟

وقد ذكروا في رجوع الكفيل على المكفول فيما أداه عنه من أنه إنما يرجع إليـه إذا أذن له بأداء الخسارة لو تخلف عن القيام بما تعهد به إلى الطرف الآخر.

أما إذا لم يأذن بذلك بل أذن له في أصل الكفالة فقط فلا معنى لرجوعه عليه فيما أداه عنه. ومن هذا يظهر، أن الكفالة لها مرحلة خاصة والإذن بالأداء مرحلة أخرى، ولكن هذا الذي ذكروه من أن الكفيل يرجع على المكفول في صورة تحقق الإذن مـن المكفول فيما أداه عنه يتنافى مع ما تقدم ذكره من كـون الكفالـة تقتـضي التخيـير بـين إحضار الشخص المكفول أو أداء ما عليه.

نعم، لعله يلتئم مع كون أداء الكفيل من باب كون الكفيل وثيقـة عـلى الحـق لا من جهة اقتـضاء نفـس الكفالـة، أمـا إذا لم يكـن في البـين إلاّ مجـرد الوثيقـة لم يكـن للمكفول له أخذ المال من الكفيل حتى مع تعذر إحـضار المكفـول إذا أقـصى مـا في البين هو كون الكفيل بمنزلة الرهن، والرهن بمجرده لا يوجب السلطنة عـلى أخـذ الدين من العين المرهونة كما حقق في محله، بل يحتاج إلى الإذن مـن الحـاكم الـشرعي ليتصرف في تلك العين أو يكون التصرف بالعين من قبيل المقاصة.

وبالجملة، فإن الكلمات في المقام مشوشة.

وفي كتب أهل السنة ما هو أكثر من هذا التشويش، كـما في بدايـة المجتهـد لابـن رشد فلاحظ لذلك (ص٢٩١ ـ ص٢٩٤).

قال شيخنا الأستاذ معقباً ذلك:

بأن الذي يمكن الوثوق به هو كون الكفالة عندنا ـ معاشر الإمامية ـ مقـصورة

على إحضار شخص المكفول، ولا يدخل فيها أداء ما عليه بوجه من الوجوه [١].

نعم: لو أرجعنا هذه الكفالة إلى الأمر المعاملي من الكفيل إلى المكفول لـه كانـت المعاملة صحيحة ـ كما ذكرناه ـ.

٤ـ الحوالات:

والتحويل الذي تجري عليه المصارف والبنوك على صورتين:

الصورة الأولى: أن يدفع الشخص إلى البنك في النجف ـ مثلاً ـ مبلغاً قدره مائة دينار ويأخذ بالمبلغ المذكور تحويلاً على البنك في بغداد وبـإزاء هـذا التحويـل يأخـذ البنك من المحول عمولة معينة.

الصورة الثانية: أن يأخذ ذلك الشخص المبلغ المعين من آخر في النجف ويحوله على أن يتسلم المبلغ من شخص ثالث أو بنك أو مصرف في بغداد فيدفع البنك المبلغ ليتسلمه من المحول عليه ويأخذ بازاء ذلك عمولة معينة.

أما التحويل في الصورة الأولى: فالظاهر أن الحكم فيه خـال مـن الإشـكال لأن ذلك التحويل لا يخرج عن واحدة من اثنتين:

فإما أن يكون منزلاً على بيع العشرة دنـانير المدفوعـة في النجـف أو المائـة دينـار بمبلغ أقل في بغداد ولا مانع من هذا البيع لأن الدينار ليس مـن المكيـل أو المـوزون ليتحقق الربا في هذه المعاملة البيعية.

أو يكون ذلك التحويل منزلاً على القرض كأن يقرض البنـك المبلـغ المـدفوع في النجف كاملاً ليتسلم وفاءاً عنه المبلغ بنقيصة معينة، وهذا أيضاً لا إشكال فيه. لعدم

---

(١) دعوى شيخنا (دام ظله)، بأن الكفالة عند الإمامية مقصورة على إحـضار شـخص المكفـول فقـط، لا يلتئم مع ما تقدم من عبارة المحقق الكركي، في جامع المقاصد «من التـزام الكفيـل بالمـال معلـلاً بـأن مقتضي الكفالة احضار الغريم، أو أداء ما عليه من المال». وكذا ما ذهب إليه العلامـة في تبـصرته مـن أنه «على الكافل دفع المكفول، أو ما عليه». وكذلك عبارة المحقق الحلي في الشرائع المتقدمة من قولـه: «وان امتنع كان له حبسه، أو يؤدي ما عليه». فـإن هـؤلاء لا يقتـصرون في الكفالـة عـلى الـنفس بـل يجرونها إلى المال خصوصاً عبارة العلاّمة الحلي المذكورة.

تحقق الربوية في ذلك. لأن الربا هو الزيادة التي يأخذها الدائن من المديون لا الزيادة التي يأخذها المديون من الدائن، وفي هذه الصورة كان الشخص الآخر هو المدين والمكلف بإيصال المبلغ إلى بغداد، أما الذي دفع الزيادة فهو الدائن وقد استوفاها المدين فلا يكون هذا القرض ربوياً، وقد قلنا فيما تقدم، أن الفقهاء اشترطوا في تحقق القرض أن يكون ذلك القرض قد جرّ نفعاً إلى المقرض والقرض المذكور في صورتنا قد جرّ نفعاً للمقرض له، وهو المديون ولا شبهة فيه.

وأما التحويل في الصورة الثانية: فيختلف حكمه حيث يأخذ الشخص في النجف من البنك المائة دينار، ويدفع له تحويلاً بالمبلغ المذكور وزيادة، وحينئذ، فإن نزلنا هذه المعاملة على البيع، فلا مانع فيها حيث يبيع العشرة الحاضرة أو المائة الموجودة بمائة وزيادة أو يبيع المائة بمائة مع اشتراط دفع الزيادة المذكورة، والسبب في عدم المنع، هو أن الدينار ليس من المكيل ولا الموزون فلا ربوية في هذا البيع.

وأما لو نزلنا هذا التحويل على القرض، جاءت شبهة الربا لأن الزيادة خرجت في الصورة من المدين، وهو الشخص المتسلم إلى الدائن، وهو البنك أو المصرف لأن المفروض أن البنك قد أقرضه المبلغ فكان دافع الفرق هو القابض للمبلغ، وهو مدين فكان هذا القرض مما جرّ نفعاً إلى الدائن، ولذلك فهي معاملة ربوية.

٥ ـ تحصيل الشيكات:

الشيك أو الصك لا يخرج عن كونه ورقة تحويلية على بنك أو مصرف يأمره بموجبه دفع مبلغ معين لحامله، ولذلك فهو يعتبر من الأوراق التجارية القابلة للتظهير. **ومعنى التظهير:** هو أن يوقع حامل الصك خلف الصك ليكون مختصاً بمن يكون في حوزته، ويعني تحصيل الصك هو قبض قيمة الصك لحساب حامله. ومثال ذلك:

ما لو أمر شخص بموجب الصك البنك الفلاني بدفع مائة دينار مثلاً لحامل ذلك الصك، ففي هذه الحالة قد لا يرغب حامل الصك تسلم المال بنفسه من الجهة المحول عليها فيتولى أحد الطرفين أو البنوك بتحصيل ذلك المبلغ لحامله، وربما كان

المحول عليه في بلد آخر، ولم يتمكن حامله من السفر إليها، ولهذا التحويل فوائد كثيرة، وبإزاء هذا التحصيل يتقاضى البنك أو الصراف عمولة معينة في قبالة تحصيله المال إلى حامل الصك.

وقد اعتبر شيخنا الأستاذ (دام ظله)، هذا النوع من التحصيل من فروع مسألة الحوالة لأن حامل الصك يحول من يشتريه بتسلم المبلغ المذكور من البنك المسحوب عليه فتجري على ذلك أحكام الحوالة ـ وقد تقدم البحث عنها ـ فلا داعي إلى التكرار وإعادة ما سبق.

٦ ـ تحصيل الأوراق التجارية:

ونعني بذلك أن يقوم البنك بمطالبة المدينين بالأموال المستحقة عليهم لصالح الدائنين، فلو كانت لشخص على آخر ورقة تثبت بأنه مدين له بمائة دينار ففي هذه الحالة ينوب البنك بتحصيل هذا المبلغ من المدين ليوفر على الدائن ما قد يترتب على المطالبة من مصاريف وتحصيل.

وبإزاء هذه العملية من المطالبة والتعقيب يتقاضى المصرف عمولة من الدائن نظراً لما قدمه من خدمة.

ويرى شيخنا (دام ظله)، إن مرجع هذه العملية إلى توكيل البنك لقبض المبلغ من المدين وإيصاله إلى الدائن، وله على ذلك جعالة أو إجارة معينة، وليس في ذلك أي منع شرعي، فإن البنك يكون وكيلاً من قبل الدائن لمطالبة المدين فإن توقيع السند وتسليمه إلى البنك توكيل له بالمطالبة وتحصيل ما للدائن بذمة المدين.

وتختلف حال هذه العمولة التي تؤخذ من الدائن **فإن خرجناها على الجعالة** [1] فلابد من تحصيل الوكيل المال من المدين، وأما لو لم يحصل الوكيل المبلغ من المدين

---

(١) الجعالة: لا تخرج في المصطلحين: اللغوي، والشرعي عن كونها: (عوض معلوم على عمل)، ودليل صحتها: كما يقرره الفقهاء قوله تعالى [وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ] سورة يوسف: الآية، ٧٢، ثم إجماع علماء الشيعة عليها. وتصح على كل عمل محلل مقصود. واختلف الفقهاء في كونها من الإيقاعات فلا تتوقف على القبول، أو أنها من العقود فلابد لها من تعقب القبول.

فليس له أخذ تلك العمولة ويكون ذلك من قبيل ما لو قال الشخص (من وجد ضالتي فله عليّ عشرة دنانير) فإن أخذ هذه العشرة من صاحب الضالة يتوقف على تحصيل الضالة وتسليمها إلى صاحبها، أما لو لم يحصل الضالة فليس له أخذ الجعالة، **وأما لو خرجناها على الإجارة** فإن للبنك أو أي جهة تقوم بهذا العمل أخذ المبلغ من الدائن لأن الإجارة كانت على نفس العمل والذي هو المطالبة وقد حصل، وليس ذلك موقوف على النظر إلى أن المدين دفع المبلغ أو لا. لأن الوكيل قد قام بعمل استؤجر عليه.

٧ ـ الحسابات الجارية:

لاشك أن لكل عميل في بنك معين الحق في أن يسحب أي مبلغ على ذلك البنك، ولكن يشترط أن لا تزيد قيمة المسحوب عما هو له من الرصيد إلاّ أنه عند وجود الثقة في العميل قد يسمح البنك له بأن يسحب مبالغ يعين البنك مقدارها (تبعاً لوجود الثقة) ويسمى ذلك «بالسحب على المكشوف» على أن تحتسب فائدة على المبالغ التي تزيد عن رصيد حسابه.

ويرى شيخنا الأستاذ (دام ظله) ، أن هذه المعاملة لا تخرج عن كونها معاملة قرضية تكون من البنك إلى ذلك الشخص، ويكون معنى الحساب المكشوف هو أن البنك يقرض عميله نظراً لوجود الثقة فيه مبلغاً معيناً من المال، ويكون ما يتقاضاه البنك من الفائدة على هذه الأموال من الفوائد الربوية كما لا يخفى.

٨ ـ بيع وشراء الاسهم والسندات:

كثيراً ما يحدث أن توسط إحدى الشركات المساهمة البنك في بيع الأسهم والسندات التي تملكها لما للبنك من اتصال مباشر مع عملائه فإذا وافق البنك على ذلك فيتفق على العمولة ويتولى بعدها عملية البيع.

وقد صحح شيخنا الأستاذ (دام ظله)، أخذ العمولة باعتبارها جعالة من الشركة إلى البنك على بيع تلك الأسهم والسندات أو أنها إجارة على ذلك فيكون البنك

أجيراً على تصريف تلك الأسهم وبيعها، ويكون أخذه للعمولة أجرة له على عمله أو أنها هبة من الشركة إلى البنك مشروط فيها بيع هذه الأسهم والسندات لها، ويكون تخريج هذه العمولة وتصحيحها حينئذٍ على واحد من هذه الوجوه الثلاثة المتقدمة:

إما الجعالة على البيع.

أو الإجارة على البيع.

أو الهبة المشروطة بالبيع.

كل ذلك فيما لو باع البنك شيئاً منها أما لو لم يبع فلا يستحق العمولة ولا شيء له.

٩ ـ خصم الأوراق التجارية:

الكمبيالات:

ويراد بالخصم هو أن يدفع البنك للمقترض قبل الموعد المحدد قيمة الكمبيالة مقابل استقطاع مبلغ معين يسمى ـ بمصاريف القطع ـ والكمبيالات التي هي في معرض التعامل على نوعين:

أولاً: كمبيالات تعبر عن وجود قرض حقيقي.

ثانياً: كمبيالات تعبر عن وجود قرض صوري، ويسمى بـ (المجاملة).

أما النوع الأول: وهي المعبرة عن وجود قرض حقيقي بين الدائن والمدين فيمثل لها بما لو كان لزيد في ذمة شخص آخر مبلغ قدره مائة دينار وموعد استحقاق هذا القرض بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ حصول المداينة بين الطرفين، وفي هذه الحالة، يأخذ زيد الورقة المذكورة لينزلها عند شخص ثالث بمبلغ ثمانية وتسعين ديناراً، ولابد لحامل الورقة والشخص الثالث من اعتبار هذه المعاملة بيعية لا قرضية.

ويتولى الشخص الثالث بعد ذلك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور، وهو ـ المائة

دينار ـ في الموعد المحدد.

ومن الواضح، عدم تحقق الربا في هذه الصورة، وإن تحققت الزيادة. لأن هذه العملية تكون من صغريات ـ مسألة بيع الدين بأقل منه ـ مع أن الدين لم يكن من جنس ربوي، بل هو من الأوراق غير المكيلة أو الموزونة [1].

وفي الوقت نفسه، لا قرض في البين ليتحقق الربا، ليقال: إن وجود القرض مع الفرق يحقق الزيادة حتى ولو لم يكن الموضوع مكيلاً أو موزوناً. بل هو بيع لما له بذمة الآخر إلى أجل.

وبتعبير أوضح، إن الدين لو كان ربوياً كما لو كان لشخص بذمة آخر وزنة من الحنطة أو مائة مثقال من الذهب، أو الفضة، وما شاكل هذا مما هو مكيل أو موزون فإنه لا يجوز بيعه بشيء من جنس ذلك سواء كان بأقل، أو بأكثر، لأن الزيادة في أحد المتجانسين المكيلين، أو الموزونين. في البيع تكون موجبة لتحقق الربوية وأن لم يكن أحدهما ديناً. أما لو كان بيع الدين بغير جنسه كما في بيع وزنة من الحنطة بوزنتين من التمن، أو كانت المجانسة محفوظة، ولكن لم يكونا من المكيل، أو الموزون كما في الأوراق النقدية فلا مانع من بيع هذا الدين بأقل منه، أو بالأكثر. إذ لا يكون البيع

---

(١) مسألة بيع الدين بأقل منه يمثل لها: بما لو كان لشخص في ذمة آخر مبلغ من المال فجاء ثالث ليشتري هذا الدين من الدائن بأقل مما في ذمة المدين، ونتيجة هذه المعاملة يكون الشخص الثالث المشتري هو الدائن الجديد ويستفيد منها أنه دفع إلى الدائن القديم أقل مما في ذمة المدين بينما استحق المبلغ كله على المدين وقد أجاز فقهاء الشيعة هذا النوع من البيع. بل أدعى الشيخ صاحب الجواهر (ﷺ) على ذلك الشهرة وأنه من أصول المذهب وقواعده، وفي الوقت نفسه، فإن الروايات المروية في هذا الباب تخالف هذا المعنى. ففي رواية محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا (عليه السلام) (رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له ادفع الي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه فقال يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين وبرئ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه) راجع الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ١٨، ٣٤٨، ح٣. ومثلها رواية أخرى عن الباقر (عليه السلام) وفيها: (رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل واشترى منه بعرض الخ...) المصدر المتقدم: ح٢. ولكن الشيخ صاحب الجواهر رد الروايتين (بأنهما ضعيفتان ولا جابر لهما بل شهرة الأصحاب بقسميها على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب وقواعده) جواهر الكلام: ٢٥، ٦٠.

ربوياً حينئذٍ.

والذي يظهر لنا في هذه الصورة، هو وجود الدين الحقيقي بين الطرفين لأن ذمة المدين حقيقة مشغولة بالمبلغ المذكور إلى الدائن فيبيع الدائن ما له بذمة المدين إلى الشخص الثالث.

الكمبيالات الصورية:

حيث لا يكون لأحد الطرفين قرض بذمة الآخر، بل قد تعارف أن يكتب أحد الطرفين إلى الآخر ورقة ـ كمبيالة ـ تفيد بأن أحد الطرفين مدين إلى الآخر بمبلغ مائة دينار، وأن المدين مستعد للدفع في الموعد المحدد. ولذا أطلقوا عليها «كمبيالة المجاملة» لذلك كانت المداينة صورية بينهما.

وبعد تمامية هذه المداينة الصورية، يأخذ الدائن ورقة الكمبيالة ليدفعها إلى البنك فيستقطع البنك مبلغاً معيناً، ويدفع البنك إليه ما تبقى إليه. وعند حلول الموعد يتولى البنك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور كاملاً.

وقد يخفى الفرق بين الصورتين ـ كمبيالة الدين الحقيقي وكمبيالة المجاملة ـ في بادئ الأمر، ولكنه واضح لدى التدقيق.

فإن الدين في الصورة الأولى، موجود فيبيع أحد الطرفين ـ والذي هو الدائن ـ ماله بذمة المدين إلى شخص ثالث فيكون ذلك من بيع الدين بأقل منه مع عدم كون المبيع ربوياً.

ولكن الدين في الصورة الثانية، منتفٍ ولا حقيقة له لأن ذمة المدين ليست بمشغولة إلى الدائن ليتولى هذا الأخير بيع ماله إلى الآخر، وعلى هذا، فبازاء أي شيء يدفع البنك المال؟ مع عدم انشغال ذمة أحدهما ولأجل هذه الجهة وهي عدم وجود دين حقيقي في هذه المعاملة قد يقال: ببطلان هذا النوع من المعاملات الشائعة في هذه الأيام.

وفي مقام تصحيح هذا النوع من ـ الكمبيالات ـ، يمكن تصوير تنزيلها عند

الشخص الثالث على نحوين:

تارة: تكون على نحو البيع والشراء.

وأخرى: تكون على نحو القرض.

أما لو كان التنزيل فيها على نحو البيع فالمتصور هنا صورتان:

الأولى: أن يكون توقيع ـ الكمبيالة ـ من قبل المدين الصوري والاعتراف منه بأنه مدين إلى الآخر بالمبلغ لينزلها عند الشخص الثالث راجعاً إلى أن المدين بهذه العملية قد وكل الدائن ـ المجير ـ بأن يوقع المعاوضة مع الشخص الثالث على مبلغ قدره ثمانية وتسعون ديناراً من ذلك الشخص في قبال مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر في ذمة المدين ويدفع الكمبيالة إلى الشخص الثالث ليقبض المائة دينار من المدين عند الاستحقاق ويستلم الدائن المبلغ المذكور ليدفعه إلى المدين، وبذلك تنتهي المعاملة البيعية ويكون المدين الصوري مشغول الذمة إلى ذلك الشخص الثالث بالمائة دينار، ولا يكون في البين شيء من الربا.

وفي هذه الصورة، لو أراد الدائن أن يستفيد هو بالمبلغ، وإن كان ملكاً للمدين فعليه أن يجري معاملة جديدة مع المدين فيشتري منه المبلغ المذكور، وهو ثمانية وتسعون ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر ـ مثلاً ـ وبذلك تتم هذه المعاملة ويكون المدين الصوري مديناً للبنك أو الشخص الثالث بمائة دينار والدائن مديناً للمدين بمائة دينار ولا ربوية في البين.

الثانية: أن يجري الدائن الصوري في الكمبيالة معاملة لنفسه مع الشخص الثالث فيشتري هذا الشخص الثالث من الدائن مبلغاً قدره مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر بثمانية وتسعين نقدية، وحيث تكمل هذه المعاملة البيعية بين الطرفين يحول الدائن الشخص الثالث بتسلم المائة دينار عند الاستحقاق من المدين ولا يمكن للمدين التخلف عن هذه الحوالة لأن المفروض قبوله لها لتوقيعه ـ الكمبيالة ـ والاعتراف بأنه مدين إلى الآخر بهذا المبلغ، وهو مائة دينار.

وهذا المبلغ لو أراد الدائن أن يتصرف فيه فهو ملكه، ويكون مشغول الذمة بمائة

دينار إلى المدين حيث يدفع عنه إلى الشخص الثالث ما حول عليه. وأما لو أراد المدين أن يتصرف بالمبلغ كان عليه أن يجري معاملة بيعية جديدة مع الدائن فيشتري منه ثمانية وتسعين ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة.

هذا لو نزلنا هذه العملية المؤلفة من توقيع المدين والدائن وتنزيلها عند شخص ثالث على **المعاملة البيعية** بين الطرفين الدائن والمدين من جهة، والشخص الثالث من جهة أخرى.

وأما لو نزلت المعاملة على القرض، لم تسلم من الربا، ولكنه يختلف فمرة يكون ربا من جهة واحدة. وثانية من جهتين.

أما لو استقرض الدائن لنفسه من الشخص الثالث مبلغاً قدره ثمانية وتسعون نقداً بمائة دينار مؤجلة، وبعد اكتمال المعاملة القرضية حوّل الشخص الثالث على المدين ليقبض منه المبلغ عند الاستحقاق. فهنا، يتحقق الربا من جهة واحدة، وهي دفع الدائن إلى الشخص الثالث مائة دينار عوض ثمانية وتسعين وإن كان الدافع هو المدين المحول عليه إذ المحول عليه يرجع عليه بهذه الحوالة فيكون الربا من جهة واحدة.

وأما لو وكل المدين الدائن بأن يستقرض له من الشخص الثالث ثمانية وتسعين ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر، وبعد هذا استقرض الدائن الثمانية والتسعين ديناراً على أن يدفع له بعد ثلاثة اشهر مائة دينار فهنا يتحقق الربا من جهتين:

الأولى: بين الشخص الثالث والمدين لأنه يدفع له مائة دينار في قبال ثمانية وتسعين.

الثانية: بين الدائن والمدين الصوريين لأنه استقرض منه ثمانية وتسعين ديناراً مقابل مائة دينار فيكون المدين دافعاً للشخص الثالث زيادة ربوية وآخذاً من المدين زيادة ربوية.

والخلاصة:

إن تصحيح هذا النوع من ـ كمبيالات المجاملة ـ يتوقف على أن ينزل هؤلاء الثلاثة الدائن الصوري والمدين الصوري والشخص الثالث معاملتهم على البيع والشراء على النحو المتقدم. أما لو نزلت على الاستقراض لكان البطلان فيها محققاً فلابد من الالتفات في مقام تنزيل الكمبيالة والتوجه إلى الابتعاد عن القرض وإجراء المعاملات على نحو البيع.

رجوع الشخص الثالث على المجير:

يجرى التعامل في البنوك والمصارف على أن المجير الأخير والذي هو الدائن غالباً مسؤول عن المبلغ لو تخلف المدين عن دفعه عند الاستحقاق فللشخص الثالث أن يطالبه بتسديد المبلغ بكامله. **فما هو الوجه الشرعي لذلك؟**

قد عرفت أن تنزيل ـ الكمبيالة ـ على البيع مع الشخص الثالث كان على صورتين:

تارة: تجرى على ذمة المدين والدائن وكيل في إجراء هذه المعاملة على ذمته.

وأخرى: يجريها الدائن لنفسه ويحول الشخص الثالث بالتسلم على المدين فلو لم يدفع المدين في كلتا الصورتين المبلغ سواء كان قد ملكه أو محولاً عليه فهل في البين ما يلزم الدائن بالتسديد؟

وللجواب على ذلك نقول:

إن القواعد الفقهية لا تلزم الدائن بالتسديد في كلتا الصورتين لأنه وكيل في المعاملة الأولى ومحول في الثانية. مع فرض أن المحول عليه وهو المدين قد قبل الحوالة وبهذا القبول قد فرغت ذمة المحول والذي هو الدائن كما صرحت به المصادر الفقهية [1].

---

(١) كافة سواء مصادر الفقه الشيعي أو السني، قال المحقق الحلي: (الحوالة: عقد شرّع لتحويل المال إلى ذمة مشغولة بمثله ويشترط فيها رضا المحيل، والمحال عليه والمحتال ومع تحققها يتحول المال=

ولكن، يمكن إلزام الدائن بدفع المبلغ عند تخلف المدين عن دفعه بتخريج ذلك على الشرط الضمني، ولكن تصحيحه يتوقف على ملاحظة هذا النوع من الشرط لو صرح فهل يصح أو لا وبعد ذلك ننتقل إلى الشرط الضمني.

ففي الصورة الأولى، لو كانت المعاملة جارية على ذمة المدين والدائن وكيل عنه فإنه يصح له القول إلى الشخص الثالث: بع زيداً مبلغاً قدره ثمانية وتسعون ديناراً نقداً بمائة دينار مؤجلة يدفعها لك المدين عند الأجل ولو لم يدفع عند الأجل فأنا ملزم لك بدفعه عنه ويقبل الآخر بهذه المعاملة، ويكون الوكيل ملزماً.

وفي الصورة الثانية، لو قال: بعني ثمانية وتسعين ديناراً نقداً بمائة دينار مؤجلة على شرط أن أحولك بالمبلغ على المدين ولو تخلف المدين عن الدفع بعد قبول الحوالة فأنا متعهد لك بدفع المائة دينار عنه من خالص مالي ويقبل الشخص الثالث بهذه المعاملة على هذه الكيفية المذكورة.

وبعد تصحيح هذا النوع من الشرط لو وقع مصرحاً به نلتزم بتصحيحه حتى لو لم يصرح به وكانت المعاملة مبتنية عليه بحيث كان معروفاً ومتعارفاً عندهم. فإن هذا النحو من المعاملات مبني على هذا الاشتراط فيكون من قبيل الشروط الضمنية التي ينصرف إليها إطلاق العقد نظير الانصراف إلى نقد البلد كما لو اشترى سلعة من بلد بدينار فإن المنصرف من ذلك هو كون الدينار حالاً غير مؤجل وكونه ديناراً عراقياً لو كان البيع قد وقع في العراق مثلاً، وهذا هو الحال في سائر الشروط الضمنية، وبهذا يكون المجير ملزماً بدفع المبلغ لو تخلف المدين عن التسديد.

= إلى المحال عليه، ويبرء المحيل). وعلّق في الجواهر على هذه العبارة بقوله: (خصوصاً بعد العلم باستفاضة هذه العبارة حتى حكي عليها الإجماع غير واحد). وقال ابن قدامة الحنبلي: (فإذا اجتمعت شروط الحوالة، وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء إلاّ ما يروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلاّ ان يبرئه، وعن ذمن أنه قال لا تنقل الحق). (يراجع المحقق الحلي: شرائع الإسلام، والشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ كتاب الحوالة. وابن قدامة الحنبلي: مغني المحتاج: كتاب الحوالة).

تصحيح الكمبيالة على طريق الهبة:

وهل يصح تصحيح هذا النوع من الكمبيالات بتخريجها على أن يكون الفرق المدفوع على نحو الهبة من المستقرض، فيما لو استقرض مبلغ عشرة دنانير بعشرة دنانير مؤجلة ويدفع منه هبة ديناراً للمقرض؟

والجواب عنه:

بأن هذه القروض الجارية في البنوك والمصارف أو عند الأشخاص الآخرين إنما تبتني على أخذ الفرق على التأخير ومع وجود هذا التباني لا يمكن أن يقصد الإنسان دفع الهبة منه إلى الشخص الثالث على نحو الاستقلال.

نعم، لو استقرض من الشخص مبلغاً وبعد مضي مدة سلّمه المبلغ بنفسه، وبعد ذلك تفضل المستقرض فأعطى شيئاً من المال إلى المقرض فإن هذا حلال لأن المعاملة قرضية صرفة لا تفاوت فيها وقد تمت وجاء موعد الاستحقاق فسلمه نفس المبلغ من دون تفاضل في البين وبعد هذا منحه شيئاً هبة وهذا بخلاف ما لو كان تبانيهم الدائن والمدين والشخص الثالث على أخذ الفائدة.

الفوائد التأخيرية:

ونقطة أخرى لابد من معالجتها، وتلك هي الفروض التي يأخذها البنك عند تأخر الدفع بعد حلول الموعد وعدم تسليم المبلغ من قبل المدين الصوري، وهذا بالنظرة الأولى لا يصح أخذه من قبيل أخذ شيء بإزاء التأجيل وهو ربا واضح، ولأنه من قبيل السكوت عن المطالبة بالدين بإزاء أخذ الفائدة وربوية هذا ظاهرة.

وقد تعرض الشيخ الانصاري(رحمه الله) في كتاب المكاسب لذلك وحققه تحت عنوان (**عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه**) وقد بيّن(رحمه الله) هناك أن الزيادة في قبال الأجل تكون محققة للربا، بل ذكر الرواية الدالة على أن سبب نزول الآية الشريفة في حرمة الربا الزيادة المذكورة، والتي هي في قبال تأجيل الدين الحال [١].

---

(١) راجع لذلك الشيخ الأنصاري: المكاسب/ ٣٠٦، طبع: إيران.

على أنه، قد وردت روايات في استعمال بعض الطرق الشرعية للتخلص من الربا في الزيادة في قبال الأجل، وذلك في البيع المحاباتي بأن يبيع الدائن على الشخص الثالث حبة من اللؤلؤ قيمتها الشرعية عشرة دراهم ـ مثلاً ـ بمائة درهم ويجعل التأجيل شرطاً من المديون على الدائن وقد ذكر صاحب الجواهر (رحمه الله) هذه الروايات في كتاب الدين شارحاً قول المصنف، وهو: (ولو أخره بزيادة فيه لم تثبت الزيادة ولا الأجل).

قال في الجواهر معلقاً[1]: (بل هو للربا المحرم بلا خلاف أو إشكال، نعم قد يحتال لذلك بجعل الزيادة في ثمن المبيع ـ مثلاً ـ وإن لم يساوه قد اشترط في عقده تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن المبيع كما نطقت به النصوص، ففي موثق ابن عمار، قلت للرضا (عليه السلام): الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال إلى وقت، قال: لا بأس قد أمرني أبي ففعلت ذلك، وزعم أنه سأل أبا الحسن (عليه السلام) عنها فقال له مثل ذلك. وفي موثقه الآخر قلت لأبي الحسن (عليه السلام): يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني وأنا أربحك فأبيعه حبة تقوّم عليَّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم، أو قال بعشرين وأؤخره المال، قال: لا بأس، وفي مضمر عبد الملك بن عتبة سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال، أو يكون لي عليه مال، قبل ذلك فيطلب مني مالاً أزيده على مالي الذي عليه، أيستقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم، فأقول: أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها وما لي عليك كذا وكذا شهراً؟ قال: لا بأس به).

وبناءاً على ذلك فيمكن التخلص من الربوية فيما نحن فيه بطريق الهبة بأن يهب المدين مائة درهم إلى الدائن ويشترط عليه عدم المطالبة بالدين الحال إلى مدة سنة.

بل لعله يمكن جعل الشرط في الهبة نفس تأجيل ذلك الدين الحال إلى سنة بنحو شرط النتيجة كأن يقول له: وهبتك هذا المال بشرط أن يكون دينك الذي علي مؤجلاً إلى سنة أخرى. أو بنحو شرط السبب كأن يقول له: وهبتك هذا المال بشرط

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٢٥، ٣٥..

أن تؤجلني في دينك المذكور إلى سنة.

والأولى من ذلك أن يكون الشرط هو عدم المطالبة بالدين إلى مدة معينة فإنه أسلم من إشكال التأجيل، سواء كان على نحو شرط النتيجة أو شرط السبب.

ولكن هل يمكن لنا أن نتخلص من إشكال الربا؟

بالنسبة إلى أخذ الفروق المستحقة بطريق الجعالة وصورتها بأن يجعل المدين للدائن مبلغاً معيناً يتفق عليه الطرفان في قبال تأجيل الدين أو في قبال عدم المطالبة إلى سنة. فقد توقف شيخنا الأستاذ (دام ظله)، في ذلك إلاّ أنه فصل فيه.

فمثلاً، يقال بالمنع فيما لو كانت الجعالة في قبالة نفس التأجيل، وهو عين ما يراد الفرار منه.

نعم، قد يقال بالصحة في الصورة الثانية أعني كون مقابلة الجعالة هو عدم المالية إلى سنة فإن عدم المطالبة مثلاً قابل لأخذ الجعل في قباله إذ لا يشترط فيما يكون في قبالة الجعالة عمل خارجي خاص من المجعول له، بل يكفي الترك وعدم المطالبة كما لو جعل جعلاً معيناً لمن يريد مزاحمته في شراء الدار فيجعل لذلك المزاحم مبلغاً من المال بإزاء عدم الزيادة وعدم الدخول بينهما، وإن كان قد يتأمل في هذا التنظير الأخير.

١٠ـ الاعتمادات المستندية:

ويقصد بذلك، هو أن يتم العقد بين التاجر والشركة في خارج البلاد أو وكيلها الموجود في البلد على نوع من البضاعة. وبعد أن يتفق الطرفان على الشروط والمواصفات. يتقدم التاجر إلى البنك بطلب ـ فتح اعتماد ـ وفي هذه الفترة يرسل الوكيل القوائم التي تبين نوعية البضاعة ومقدارها، والأسعار التي اتفق عليها الطرفان إلى الشركة يعلمها بذلك أن الاتفاق قد تم بينهما على هذه المعاملة، أو يقوم التاجر بهذه العملية لو لم يكن للشركة وكيل في البلاد.

وعندما يطلب التاجر من البنك فتح اعتماد له لابد له من أن يدفع للبنك قسماً

من قيمة البضاعة ـ ويتبع هذا الاتفاق بين الطرفين ـ ويقوم البنك بعد ذلك بدفع المبلغ بكامله إلى الشركة وبإزاء ذلك لابد من تسجيل البضاعة باسم البنك من حين التصدير، وعند وصولها إلى المحل يشعر البنك صاحبها بالوصول ويتم تحويل البضاعة من اسم البنك إلى اسم صاحبها بعد أن يدفع ما دفعه البنك إلى الشركة مما تبقى من مبلغ البضاعة.

ويتقاضى البنك عن هذه العملية عمولة مقطوعة إزاء خدماته من تسجيل البضاعة باسمه واعتباره طرفاً آخر في قبال الشركة المصدرة، وفائدة تستقطع لقاء دفع المال المتبقي من يوم تسليمه إلى الشركة إلى يوم تسلمه المال من صاحب البضاعة.

ويحفظ الاعتماد عادة حقوق كل من المصدّرين والمستوردين.

أما المصدّر، فلأنه يستلم قيمة البضاعة حين تصديرها، فهو بذلك يضمن حقه.

وأما المستورد، فلأنه يستفيد بالمبلغ المتبقي في بقية مجالاته التجارية الأخرى.

يضاف إلى ذلك، أن التاجر مجبور على جعل البنك وسيطاً في تمامية المعاملة لأن الحكومات تمنع تحويل الأموال وإخراجها إلى خارج البلاد ما لم يكن ذلك تحت نظرها وإشرافها ـ وترتيباً على ذلك ـ إن الاستيراد مغلوق في وجه التجار ما لم تكن البنوك هي الواسطة في تمامية هذه المعاملة بين الطرفين.

ويكون البحث في هذه المعاملة في موردين:

الأول: في حلية ما يأخذه البنك من صاحب البضاعة عمولة وفائدة على المبلغ المتبقي طيلة الفترة الواقعة بين يوم تسليم المال من قبل البنك وتسلمه من صاحب البضاعة.

الثاني: في جواز شراء تلك البضاعة لو أعلن البنك عن بيعها وتخلف صاحبها عن تسلمها ودفع ما عليه من المال.

العمولة المأخوذة على المبالغ المتبقية:

ومعاملة الاعتماد يمكن تنزيلها على صورتين تكون صحيحة في واحدة وباطلة بالنسبة إلى الأخرى.

الصورة الأولى: أن يكون دفع المبالغ من جهة البنك كقرضة منه لصاحب البضاعة فيكون صاحب البضاعة مديناً للبنك بالمبلغ المدفوع إلى الشركة ويكون حينئذٍ أخذه للعمولة والفائدة باطلاً لأنه أجرى معاملة قرضية مشتملة على فوائد ربوية فالمعاملة باطلة ولا يسوغ له حتى أخذ العمولة، ويكون تسجيله للبضاعة باسمه من حين التصدير إلى يوم تسلمها من قبل صاحبها كوثيقة بيده بإزاء ماله على صاحب البضاعة من الدين ولا شك في فساد هذه المعاملة.

الصورة الثانية: أن تكون المعاملة المذكورة جارية على النحو الآتي:

وهو أن يتم العقد والاتفاق بين التاجر، والشركة، أو وكيلها على نوعية البضاعة، وأوصافها فتتم المعاملة البيعية بين الطرفين إلاّ أنها معاملة بيعية مشروطة بأن يتدخل البنك بتسليم المال وفاء عما في ذمة صاحب البضاعة للشركة فيقوم البنك بأداء ما على التاجر من الديون إلى الشركة، ووفاء الدين من شخص لآخر يمكن أن يكون حاصلاً على نحو التبرع من دون أن يكون المدين ضامناً للموفي، كما لو كنت مشغول الذمة لزيد بمائة دينار، وأقدم صديق لك على تسليم هذه المائة من ماله إلى الدائن من دون أن تملكها أنت، وبذلك تبرأ ذمتك أيها المدين من الدين المذكور.

نعم، لو وقعت مقاولة بين المدين وبين الموفي بأن يقول المدين إلى الموفي أدِّ عني ديني الذي عليّ لزيد، وأنا ضامن لك مقدار ذلك المال الذي تدفعه للدائن وفاء عن ذمتي.

والظاهر، أن معاملات الاعتماد الجارية بين التاجر والبنك من هذا القبيل فإن العقد يتم بين الطرفين، ولا يكون للبنك تدخل في ذلك [1] وحيث يكون التاجر

(١) الظاهر من التعاريف التي ذكرت للاعتمادات المستندية هو، أن البنك يكون أجنبياً عن العقد بين =

مديناً للبنك بالمال والشركة عليها تصديره إلى المحل تتوقف هذه العملية على تسليم المال من قبل البنك لأن المصدّر لا يمكنه أن يتسلم المال إلاّ من هذه الجهة لأن الطرق مسدودة في وجهه وكذلك المستورد فإنه لا يمكنه تحويل الثمن إلاّ بواسطة البنوك فلا يكون ذلك من باب القرض لتكون الزيادة ربوية بل هي من باب الجعالة على أنه إذا أدى عني ديني أن أدفع له أصل المال والزيادة المقررة.

وحينئذٍ، فيكون التاجر ضامناً للبنك ما دفعه عنه إلى الشركة وضامناً له الزيادة المقررة المأخوذة بإزاء هذه العملية من تسجيل البضاعة باسم البنك وتسجيلها بعد تسليم المبلغ باسم التاجر، وما يتخلل ذلك من عمليات توفر على التاجر وقته حيث لا يكون مكلفاً بمراقبة البضاعة وتصديرها وشحنها وما شاكل ذلك بل تكون هذه بعهدة البنك وحيث يصل المال يبلغ التاجر بتسلمه.

فتكون هذه المقاولة بين التاجر والبنك مؤلفة من **عمليات أربع** يقوم البنك باثنين ويقوم التاجر باثنين أيضاً.

أما ما يقوم به البنك فهو:

١ـ أداء ما على التاجر من الدين أولاً.

٢ـ تسجيل البضاعة باسمه ثانياً.

وأما ما يقوم به التاجر فهو:

= التاجر والشركة لا أنه هو الذي يكون وكيلاً عن المشتري في إجراء معاملة البيع والشراء. قال الأستاذ حسن محمد ربيع في كتابه المصارف ص٨٣: «ويلاحظ أنه قبل فتح الاعتماد المستندي يجب أن يكون العقد قد تم بين البائع والمشتري وخاصة فيما يتعلق بالكمية فالسعر وشروط الدفع والتسليم. ويتقدم المشتري بعد ذلك إلى مصرفه ويملأ الطلب الخاص بفتح الاعتماد، ويمكن القول، بأن الاعتماد المستندي هو اعتماد يفتحه مصرف لمشتر لبضائع من الخارج بضمان مستندات الشحن البحري».

من هذا وغيره نفهم، أن هذه العملية البيعية لابد من تمامها في الخارج قبل مراجعة البنك ولا تكون سمة للبنك إلاّ أنه يتكفل بوفاء ديون التاجر إلى الشركة.

١ـ الضمان للبنك بذلك المقدار الذي دفعه عنه إلى الشركة.

ثانياً: إعطاء الفرق المقرر على عملية التسجيل المذكورة.

الخلاصة:

أن هذه المعاملة تكون منزلة على أن يكون دفع البنك دين التاجر إلى الشركة من قبيل وفاء دين التاجر من مال نفس البنك مع ضمان التاجر، لذلك المقدار الذي يدفعه عنه إلى الشركة لا أن ذلك الدفع يكون إقراضاً من البنك للتاجر، وأما ذلك المقدار المسمى بالعمولة المحدودة بذلك الحد فهو إنما يكون مستحقاً للبنك على التاجر بإزاء قيامه بتلك الأعمال أعني جعل البضاعة باسم البنك إلى حين ورودها، وتسلمها لا أن ذلك القدر يكون فرقاً على الدين الذي للبنك على التاجر، وتكون هذه المقررات بمنزلة تعاهد بين التاجر، والبنك على القيام بها كل بحسب المقرر عليه. وحينئذٍ، فتصح المعاملة.

إذن، فيكون أخذ العمولة من طرف البنك في قبال قيامه بتسجيل البضاعة باسمه، ونقلها إلى اسم صاحبها عند الوصول، ودفع بقية المبلغ وما يتخلل بين هذه من عمليات. ولعل تسميتهم لذلك المقدار الذي يأخذه البنك بالعمولة لا يخلو من إشعار بأنه بإزاء العمل الذي عمله قال في المنجد: (العِمالة والعَمالة والعُمالة أجرة العامل ورزقه والعامة تقول العمولة) الخ.

وربما يقال: بأن تسجيل البضاعة باسم البنك لا يستدعي إعطاء الفائدة عليه لأن المال يكون كوثيقة بيده وتسجيلها باسمه يكون للتأكيد على حقوقه ولا معنى لدفع الفائدة على ذلك.

الجواب عنه: بأن الأمر وإن كان كذلك إلاّ أن نفس تسجيل البضاعة من حين التصدير إلى حين الوصول باسم البنك مما يكون موجباً للاهتمام بها وعدم التفريط بها من الجميع لأن أهمية البنك لدى الجميع وسمعته أكثر ما للتجار من عنوان واعتبار. أضف إلى ذلك، ما يجر ذلك من عمليات النقل والانتقال والتعرض للأخطار ومطالبة البنك لشركات التأمين لو حل بالبضاعة حادث في الطريق. وكل

هذه العمليات مما تكون في صلاح التاجر وعدم تكليفه بصرف الوقت وتعقيب المعاملة من حين التصدير إلى حين الوصول.

نعم، عليه أن يسلم المال حيث يشعره البنك بالوصول، ولا بأس بأخذ المال على هذه الأعمال التي يقدمها البنك كمساعدة منه إلى التجار، وفي الوقت نفسه، يستفيد من ورائها بذلك المال الذي يأخذه.

ولكن، لابد من الالتفات إلى هذه الخصوصية وهي، أن يكون التباني بين التاجر والشركة على دفع الفرق كعمولة على خدماته لا كفرق على المال إذا كان مدفوعاً من قبل البنك بنحو القرض فإن وجود القرض ودفع الزيادة بإزائه يوجب بطلان المعاملة وعدم صحتها.

ومن ذلك كله يظهر لك، أن ما نحن فيه ليس من قبيل إقراض البنك للتاجر مع الاشتراط من البنك على التاجر بأن يجعل له جعلاً على تسجيل البضاعة باسمه. لما عرفت أن ما يدفعه البنك إلى الشركة عن دين التاجر ليس إقراضاً منه للتاجر بل هو أداء لدين التاجر من مال البنك نفسه، وإن كان مضموناً على التاجر. فلو كان التسجيل والنقل شرطاً في ذلك لم يكن من قبيل الشرط النافع للمقرض في ضمن القرض.

وهذه الجهة أعني إخراج المسألة عن اقراض البنك للتاجر بإزاء هذه المنفعة هي العمدة في تصحيح هذه المقاولة والمعاملة المقررة بين الطرفين البنك من جهة والتاجر من الجهة الثانية سواء قلنا أنها من باب الصلح، أو من قبيل العقد المستقل أو قلنا بأنها من مجرد وعد كل منهما لصاحبه بما يقوم به، وقد وفّى كل منهما لصاحبه بوعده ولا بأس بذلك وإن لم يكن في البين عقد ومعاملة ملزمة لكل منهما للآخر.

بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسلمها:

فلو تخلف صاحب البضاعة عن تسلمها بعد إنذاره من قبل البنك، فهل يجوز والحالة هذه شراء تلك الأموال لو باعها البنك لاستيفاء ما دفعه من المبالغ إلى الشركة؟

الظاهر جواز ذلك، لأن البنك وكيل عن التاجر ببيع بضاعته عند تخلفه عن دفع ما عليه من بقية ثمنها، وقد جاء ذلك صريحاً في العقد الذي يوقع عليه التاجر الحاصل بينه، وبين البنك فقد جاء في الشرط الثالث من شروط ذلك العقد ما يلي:

(وعند تخلفي عن دفع المبالغ المستحقة لكم أو إبراء ذمتي نحوكم فلكم مطلق الحرية وبدون إشعاري مقدماً ببيع البضائع المذكورة) [1].

وبمقتضى هذا التصريح يكون البنك وكيلاً عن صاحب البضاعة ببيعها واستيفاء حصته من أثمانها كما يتضح ذلك جلياً لمن يراجع المصدر المذكور ويقف على ورقة العقد.

١١ـ خطاب الاعتماد:

وقد اعتادت المصارف والبنوك تسهيلاً منها لعملائها المسافرين إلى خارج البلاد أن تزودهم بخطاب تخول فيها البنوك والمصارف، بتزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجونه من المال بالمقدار الذي تخول فيه الدفع، والغاية من ذلك، هو التسهيل على المسافر من حمل النقود معه إلى البلاد التي يريد الإقامة فيها أو المرور عليها حفظاً من التلف والضياع.

فإذا رغب المسافر إلى الخارج بأن يأخذ من مصرفه مثل هذا الخطاب فعليه أن يدفع المبلغ بكامله إلى البنك مع دفع عمولة على ذلك يتفق عليها مع البنك وحينئذ فيزوده البنك بالخطاب المذكور، وهو يوجه إلى بنك معين أو البنوك العالمية بتزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجه من نقود ذلك البلد ـ وكما بينا ـ بشرط أن لا يتجاوز ذلك القيمة المنصوص عليها في ذلك الخطاب.

أما الحكم الشرعي لهذه المعاملة من حيث العمولة إلى البنك وأخذها من قبله من المسافر فلم ير شيخنا الأستاذ (دام ظله) بأساً في ذلك. لأنا سبق، وأن بينا، في البحث عن الحوالة أنها تنقسم إلى قسمين:

---

(١) حسن محمد ربيع: المصارف/ ٨٨.

الأول: ما كان الدفع فيه من المراجع إلى البنك فيدفع له المبلغ كاملاً ليحوله إلى بلدة أخرى، وقد ذكرنا هناك عدم الوقفة في أخذ هذه العمولة التي يتقاضاها البنك لأن الفائدة قد خرجت من الدائن إلى المدين، وقد عرفت أن الفائدة الربوية هي ما خرجت من المدين، وقد جرت نفعاً إلى الدائن، وخطاب الاعتماد من هذا القبيل فإن المسافر بإعطائه المبلغ إلى البنك فقد أقرضه ذلك المبلغ والبنك يحوله بالمبلغ على البلدان الأخرى والعمولة التي يتقاضاها قد جرت نفعاً إلى المدين وخرجت من الدائن فلا ربوية في البين.

١٢ ـ معاملات مصارف:

الرهون ـ والعقار ـ والصناعي

وتختلف الأعمال الجارية في هذه البنوك عن بقية البنوك حيث يكون تسليف المال فيها بإزاء رهن يوضع لديها من عقار أو ذهب، أو فرش، أو مكائن. علماً بأن بحثنا الآتي يشمل البنوك الأهلية لو أرادت أن تكون لها مصارف على هذا الغرار. أما المصارف الحكومية فإن حكمها عرف مما تقدم حيث يكون تسلم المال منهم ابتداءاً بعنوان المال مجهول المالك ويتوقف التصرف فيه على إجازة الحكم الشرعي، وحين الدفع يكون أصل المال مع ما يترتب عليه من الفوائد من المال المقبوض من الشخص بالقهر، والإجبار ولا وجه لبيع العين المرهونة، ولا لشرائها من المصارف لأنها ليست مجازة من قبل الحاكم الشرعي، والبحث في هذه الموارد الآتية يتناول البنوك الأهلية والتي تجري على هذا النحو من الرهن والبيع عند التخلف عن تسليم المال.

وطبيعة البحث عن هذه المعاملات يستدعي التكلم في جهات أربع:

الأولى: الوجه في تسلم المستلف المال من البنك أو المصرف.

الثانية: المسوغ لإعطاء الفائدة للمصرف بإزاء ما يستلفه الراهن منه من المال.

الثالثة: المصحح لبيع العين المرهونة من قبل البنك لو تخلف المستلف عن أداء ما

قبضه من المال عند الاستحقاق.

الرابعة: الوجه في شراء العين المرهونة من قبل المرتهن لو تخلف الراهن عن أداء ما عليه من المال المقبوض.

أولاً: الوجه في أخذ المال من المصرف:

وقد تقدم أن شرحنا هذه الجهة في التمهيد الذي ذكرناه في المقدمة لأعمال البنوك والمصارف. وبينّا هناك، أن المصرف لو كان حكومياً، وكان رأي المستلف، أو من يرجع إليه في التقليد هو عدم مالكية الدولة للأموال التي تستحصلها فإن هذا المقبوض يكون من فروع المال مجهول المالك ويكون التصرف فيه متوقفاً على إجازة الحاكم الشرعي، وأما لو كان البنك حكومياً، وكان الشخص أو مرجعه التقليدي يرى مالكية الدولة فإن هذا المال يكون من فروع الأموال المقبوضة من الجمعيات الخيرية، وما شاكلها حيث تكون الجهة مالكة عن من يرى مالكية الجهة.

وأما لو كان دافع المال من البنوك الأهلية، أو الصيارفة فحينئذ لابد من إعمال عناية بملاحظة الطرق المسموحة بحسب الشريعة المقدسة للتخلص من الربوية ويكون الحال في ذلك كما هو الحال في الأموال المقبوضة بواسطة الكمبيالات فراجع البحث عن الكمبيالات.

ثانياً: إعطاء الفوائد إلى المصرف:

ولابد من رعاية الطرق الموجبة لحلية الفرق للمصرف. وأسهلها هو، جعل المعاملة خارجة عن القرض بأن يكون المنشأ هو المصالحة، أو بيع هذا المقبوض من أوراق العملة، ويكون عوضه عند رأس المدة هو المجموع من ذلك المقدار والفرق المقرر.

ثالثاً: بيع العين المرهونة:

ولم يبق علينا إلاّ أن نعرف ما لو كان للمصرف الحق في بيع العين المرهونة عند تخلف المستلف عن دفع ما عليه من المال إلى البنك أم لا؟

ومن الواضح، أنه بالنظرة الأولى لا يجوز للمرتهن بيع ما بيده من الرهن إلاّ بإجازة الراهن نفسه، وذلك لأن الرهن أمانة بيد المرتهن، ولا يجوز له التصرف بها ما لم يشترط المرتهن على الراهن أنه إذا حل الأجل، ولم يدفع له المال يكون المرتهن مسلطاً على بيع ما بيده من الرهن استيفاء لحقه، وعند ذلك هل يكون مثل هذا الشرط صحيحاً؟

ويجيب شيخنا الأستاذ (دام ظله) على هذا السؤال: بأن الظاهر صحة مثل هذه الشروط سواء كان هذا الشرط مخرجاً على نحو شرط النتيجة، أو على نحو شرط السبب [1]. وذلك فإنا لو نزلنا الشرط على نحو شرط النتيجة فحينئذ لا يتوقف المرتهن إلى إجراء صيغة الوكالة بل نفس الشرط يكون كافياً لاثبات وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند تخلف الراهن عن دفع ما تسلمه من المال.

وأما لو نزلنا الشرط على نحو شرط السبب فيحتاج المرتهن إلى الحصول على الوكالة من قبل الراهن على البيع. فلو امتنع الراهن من توكيل المرتهن على بيع العين المرهونة والمفروض أنه متخلف عن أداء ما عليه من المال إلى المرتهن فيكون هذا من قبيل تخلف الشرط.

وعليه، فما هو المخرج لإنقاذ أموال المرتهن في مثل هذه الصورة؟

لا طريق للمرتهن إلاّ إجبار الراهن على أن يوكله في بيع العين المرهونة واستحصال ما دفعه إليه من المال، ولو لم يستفد من الإجبار المذكور، أو لم يتمكن منه فحينئذ، ينحل الشرط، ومن الواضح، أن انحلال الشروط في المعاملات إنما يكون لصالح المشروط له ليفسح المجال أمامه لفسخ المعاملة، ومن البديهي، أن فسخ المعاملة في هذه الصورة لا يكون لصالح المرتهن (البنك) ليستفيد من البطلان. مضافاً، إلى أن الرهن من قبله في حد نفسه يكون جائزاً من دون تخلف بشرط، وإن

---

(١) شرط النتيجة، وشرط السبب اصطلاحان يراد بهما: أما: شرط النتيجة: أن المرتهن يشترط على الراهن بأنه وكيل عنه في بيع العين المرهونة إذا تأخر عن دفع المبلغ الذي أخذه منه. أما شرط السبب: معناه، أن المرتهن يشترط على الراهن أن يوكله بعد ذلك على البيع.

كان عند الرهن لازماً من قبل الراهن، ومن مجموع ذلك يظهر لنا السؤال التالي:

إن عدم التوكيل في صورة ما لو خرّجنا الشرط على نحو شرط السبب لا يفتح الباب للمرتهن ببيع ما تحت يده من الرهن.

إذن، فما يصنع والراهن متهرب من دفع المال أولاً ومن توكيله على بيع العين المرهونة ثانياً؟

ويرجعنا شيخنا (دام ظله)، إلى الحاكم الشرعي في مثل هذه الأحوال كما هو الحال لو لم يكن في البين اشتراط للوكالة أصلاً فإنه عند عدم الوفاء وحلول الأجل يكون الحاكم الشرعي هو المرجع في مثل هذه القضايا.

ونقطة دقيقة تواجهنا ونحن في صدد تصحيح هذا النوع من الشرط حيث يشترط المرتهن على الراهن ببيع العين المرهونة عند تخلف الأخير عن دفع ما بذمته من المال وهي موقف الراهن من هذا الشرط بعد حصوله، فهل يجب الوفاء به أو لا؟

وأجاب شيخنا (دام ظله)، بأنه لا إشكال في وجوب الوفاء لأنه مقتضى الشرط ووجوب الوفاء به. مضافاً إلى الإجماعات المنقولة في صحة هذا النوع من الشرط. قال المحقق في الشرائع [1]: (فإذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين لزم، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة).

وحيث يصل صاحب الجواهر [2](رحمه الله) إلى هذه الفقرة (في يد عدل معين) يعلق عليها قائلاً: (صح بلا خلاف بل عن الغنية الإجماع عليه (لعموم المؤمنون عند شروطهم) و (أوفوا) بالعقود وخصوص ما دل على الرهن الشامل لهذا الفرد) وقال معلقاً على قوله: (بل ولزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة) وفاقاً للمشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف مشعر

---

(١) المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ كتاب الرهن، الفصل الخامس.

(٢) جواهر الكلام: كتاب الرهن، الفصل الخامس في البحث عن المرتهن.

بعدمه بيننا ولعله كذلك فإني لم أجده إلاّ من الشهيد في اللمعة بناء منه على ما سمعته من مذهبه ...الخ).

وقال صاحب الرياض(رحمه الله) [١] معلقاً على قول المصنف: (ويجوز اشتراط الوكالة في بيع الرهن عند حلول الدين له ولوارثه وغيره في عقد الرهن وغيره من العقود اللازمة بلا خلاف يعرف بل عليه الإجماع في الغنية وهو الحجة مضافاً إلى الأصل وعمومات الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود والشروط السائغة غير المخالفة للكتاب والسنة وما نحن فيه منها بالبديهة).

وإذا عرفنا صحة هذا النوع من الشروط وتمامية الوكالة من قبل الراهن إما بنفس الشرط ليكون على نحو شرط النتيجة أو بالتوكيل بعد ذلك ليكون على نحو شرط السبب فهل بإمكان الراهن الرجوع عن هذا الشرط وعزل المرتهن عن وكالته ببيع العين المرهونة عند التخلف عن أداء ما قبضه من المرتهن من المال كما هو الحال في جميع الوكالات أو أن لهذا النوع من الوكالة خصوصية تمنع الموكل من العزل بعد صدور التوكيل منه؟

أما صاحب الشرائع(رحمه الله) فقد تردد في إعطاء هذه الصلاحية إلى الراهن حيث قال: (وإذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين ولم يكن للراهن فسخ الوكالة على تردد) [٢].

ولكن صاحب الجواهر(رحمه الله) أوضح أنه لا مجال للتردد، وقال: (فمن الغريب قول المصنف على تردد ثم أوضح ذلك بما لا مزيد عليه فراجع) [٣].

وجرى على ذلك الفقيه الهمداني(رحمه الله) كما سيأتي إن شاء الله فقد نقل عباراته المرحوم السيد الطباطبائي اليزدي [٤].

---

(١) السيد علي الطباطبائي: رياض المسائل/ ٨، ٥٢٧، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي.

(٢) المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ كتاب الرهن: الفصل الخامس.

(٣) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ كتاب الرهن، الفصل الخامس في المرتهن.

(٤) المسألة ١٣ من كتاب الوكالة من ملحقات العروة الوثقى.

ويرى شيخنا الأستاذ (دام ظله)، إن هذا النوع من التوكيل لا يقبل العزل.

ببيان: إن طبع الوكالة، وإن كانت تنحل بالعزل إلاّ أن محصل هذا النوع من الشرط بين الطرفين حيث يوكل الراهن المرتهن على بيع العين المرهونة ينحل في واقعه إلى أمرين:

الأول: التوكيل من الراهن للمرتهن.

الثاني: الإبقاء على تلك الوكالة إلى حين صدور الموكل فيه، والذي هو بيع العين المرهونة وليس له عزله قبل ذلك. بل يمكننا القول، ببقاء الوكالة حتى لو مات الراهن بل لو مات المرتهن لانتقال حق هذا الشرط إلى ورثته.

وقد أشبع الموضوع بحثاً الشيخ صاحب الجواهر(رحمه الله) وأوضحه بما لا مزيد عليه المرحوم الحاج آغا رضا الهمداني(رحمه الله) حيث تعرض إلى أن هذا النوع من الوكالة غير قابل للعزل. فقال الهمداني(رحمه الله): (وكيف كان فلو شرط الوكالة سواء كان شرط العقد أو كونه وكيلاً فالظاهر أنه لا ينعزل بالعزل إذ الظاهر من حال المتعاقدين أن ليس مقصودهم مجرد إيجاد وصف الوكالة في الخارج حتى لا ينافيه عزله بعد الايجاد بل غرضهم تحقق الوصف في الخارج مستمراً إلى زمان البيع فالعزل ينافي المقصود والذي بنوا عليه الأمر) إلى أن يقول(رحمه الله): (فالمقصود من الشرط هو إيجاد وصف الوكالة للمرتهن دائماً إلى أن يتحقق البيع وهو أمر مقدور سائغ في ذاته فيجب بمقتضى الشرط... الخ) [1].

وقد ذهب إلى ذلك أيضاً أستاذ المحققين الشيخ النائيني(رحمه الله) حيث قال:

(ولو شرط وكالة المرتهن أو غيره لم ينعزل) [2].

إذن، فلا يكون صدور العزل من جانب الراهن نافذاً لإبطال وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند التخلف من دفع ما بذمته.

---

(١) الشيخ أقا رضا الهمداني: مصباح الفقيه/ ٣، ٢٢٣، الطبعة القديمة..

(٢) الشيخ النائيني: الوسيلة/ ٢٣٦، مطبعة العرفان.

هذا من الوجهة العلمية.

أما تطبيق ذلك على ما في الخارج، فإن أغلب البنوك تصرح بهذا الشرط، وهو أن يكون البنك وكيلاً عن جانب الراهن في بيعها واستيفاء ماله من المال منها، وحتى لو لم يحصل التصريح بذلك الشرط فإن تبانى المتعاملين الراهن والمرتهن في البنوك على هذا الأساس. فإن الراهن حيث يقدم على وضع العين البنك وبإنشاء تلك المعاملة يكون قد أنشأ في ضمنها هذا الشرط فيصح رهناً عند البيع حينئذٍ.

رابعاً: شراء العين المرهونة:

وبعد أن عرفت صحة بيع العين المرهونة من قبل المرتهن فلا مانع للأجنبي أن يشتريها منه ولا يتوقف ذلك على رضا الراهن وإمضائه.

الخلاصة:

إن الأعمال الجارية في البنوك والمصارف كثيرة، وبالإمكان أن تحصل معاملات جديدة في المستقبل تبعاً لتطور أنظمة البنوك، وهي لو كانت منزّلة على القرض والإقراض وأخذ الفائدة ودفعها بإزاء تلك القروض فإن ذلك من الربا المحرم ولا شبهة في تحريمه.

نعم، لو أمكن إجراء المعاملات القرضية على نحو البيع والتبايع ـ بالنحو الذي ذكرناه في البحوث المتقدمة ـ لكان ذلك صحيحاً فراراً من الربا والربويات وعلى الأخص بعد أن تقدم في البحث عن حقيقة الأوراق النقدية بيان جهة تغطية الدينار في هذه الأيام، وأنه لا يعبر عن الذهب والفضة ليحصل الربا من التبايع فيه بالأكثر.

ولا يعترض: بأن النتيجة تكون واحدة حيث تبدل المعاملة القرضية بالمعاملة البيعية، فيكون هذا من التحايل على الشرع كما يسمى في العرف الجاري بأنه من التحايل على القانون فإن الغرض من المعاملتين واحد، وهو ابتزاز الفائدة من الطرف الآخر بأي نحو كان.

لأنا نقول: إن الشارع المقدس حيث حرّم القرض والاستقراض بالفائدة فتح لنا

طرقاً كثيرة. أساسها أخذ الفائدة والزيادة. ومنها، البيع. فإن المعاملة البيعية لا تخلو من أخذ الفائدة والفضل، ولكنه بالطريق الذي رسمه لنا الشارع المقدس، وهكذا دفع الزيادة بنحو الهبة، وأمثال ذلك من الطرق المقررة للفرار من الربا. فإن الحكمة في تحريم الربا، وإن كانت هي انسداد باب التجارة والمعاملات لاتكال المرابين على سلوك هذا الطريق المؤمّن لهم من الخسارة إلاّ أن هذه الحكمة [1]، وإن كانت جارية في هذه الطرق المذكورة للتخلص من الربا لكنه قد تقرر في محله أنها ليست من قبيل العلة التي يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً.

فنحن إذن، لابد لنا من اتباع النصوص الشرعية فيما أباحه الشارع وفيما حرمه وقد ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [2] من دون نظر في هذه الآية الكريمة، إلى أن المعاملة يجب أن لا تكون مبتنية على الفرار من الربا. فكل معاملة يحصل فيها الانتفاع، ولم تكن من أقسام الربا، تكون مباحة شرعاً.

---

(١) كثيراً ما يرد على ألسنة الفقهاء أن هذا التعليل من باب الحكمة وليس من العلة أو العكس. وقد مثلوا لما كان التعليل في القضية من باب الحكمة بتعليل تشريع العدة بأنها لدفع اختلاط المياه، وبتعليل وجوب الصلاة بأنها ناهية عن الفحشاء والمنكر. ومثلوا لما كان التعليل فيه من باب العلة بتعليل حرمة الخمر للإسكار. فجعلوا اختلاط المياه من قبيل الحكمة التي دعت الشارع المقدس لأن يشرع العدة في الموارد المنصوصة. فإن هذا النحو من التعليل لا يكون الحكم دائراً مداره وجوداً وعدماً، بل يكفي فيه الغلبة. بخلاف الثاني، فإن الإسكار يكون علة للحرمة ويكون الحكم دائراً مداره وجوداً وعدماً.

وفي الحقيقة يكون الحكم وهو التحريم وارداً على عنوان المسكر، وحيث كان الخمر من جملة المسكرات انطبق عليه الحكم المذكور. والضابط في كون التعليل من باب العلة هو ما أمكن أن يؤخذ منه كبرى كلية موجهة إلى المكلف وإن تعددت مصاديقها بخلاف الحكمة فإنه لا يصح أن يؤخذ منه كبرى كلية موجهة إلى المكلف إذ لا يصح أن يقول الشارع المقدس يجب على المرأة عدم اختلاط المياه أو يجب على المكلف كلما هو ناه عن الفحشاء والمنكر. وتفصيل هذا البحث موكول إلى محله من مباحث الأصول.

(٢) سورة البقرة: الآية، ٢٧٥.

السرقفلية

(الخلو)

ما هي السرقفلية؟ النوع الأول: أخذ المال بإزاء السرقفلية، موقف المالك من السرقفلية. النوع الثاني: المستأجر والسرقفلية.

ما هي السرقفلية؟

ليست كلمة السرقفلية عربية، بل هي كلمة فارسية، ترمز إلى ما تعارف في أيامنا الأخيرة، بأن يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذي يشغله إلى الآخر، ويتقاضى إزاء هذه العملية مقداراً من المال يتفق عليه الطرفان، وربما سمي ذلك في اللغة الدارجة (الخلو)، وهو مأخوذ من تخلية ما تحت اليد إلى الغير، وهي على أنواع:

النوع الأول من السرقفلية:

ما يكون الاتفاق فيه واقعاً بين المستأجر القديم والجديد فيتنازل الأول عما تحت تصرفه إلى الثاني، وفي قبال هذا التنازل يدفع المستأجر الجديد المبلغ المتفق عليه إلى المستأجر القديم، وبهذا يكون المالك في مجنب عن المعاملة والاستفادة منها.

ولابد لنا، والحالة هذه من معرفة الوجه الشرعي في أخذ المال والتصرف به من قبل من كان المحل تحت تصرفه أولاً، وكيفية إعطاء المال من قبل المستأجر الجديد.

وأخيراً، لابد لنا، من تحديد موقف المالك من هذا التنازل من شخص قد استأجر ما هو ملك له وقبول المستأجر الجديد، وهل بإمكانه الوقوف في طريق هذه المعاملة أو لا؟

أخذ المال بازاء السرقفلية:

وفي صدد المحاولة لتصحيح مثل هذه المعاملة من الطرفين، والمالك في معزل يرى البعض بأن هذا المقدار من التنازل من المستأجر القديم إلى غيره حق من حقوقه لأن تصرف المحل بيده طيلة مدة العقد، وهو في الوقت نفسه من الشروط الضمنية ولا مجال للمالك أن يمنعه من استعمال حقه وعدم الوفاء بذلك الشرط الضمني.

ويمثلون للشروط الضمنية، والتي لا يجوز التخلف فيها ـ مثلاً ـ بما لو باع شخص كتابه لآخر بدينار فلا مجال للمشتري من أخذ الكتاب من البائع واحتساب المبلغ ديناً بذمته، ذلك لأن نقدية الثمن بإزاء المثمن شرط ضمني لجريان العرف على

التسليم. ولأن إطلاق العقد يقتضي ذلك على وجه يكون الانصراف إليه كقرينة نوعية على أخذه في متن العقد ويكون ذلك التعارف مغنياً عن إدخاله في صريح الإنشاء العقدي، فلا يجوز التأخر عن دفع الثمن إلى البائع بل لابد من تسليمه نقداً، وفيما نحن فيه، كذلك فقد جرى العرف في أيامنا هذه على أن من كان قد استأجر محلاً من آخر لا يخرجه المالك إلاّ برضائه ولا يتخلف المالك عن عقد الإيجار معه بعد انتهاء مدة الإيجار مراعاة لأحقيته في الإيجار عرفاً، وهذا المقدار من الحق العرفي يكون صالحاً للنقل إلى الغير بصلح ونحوه، بل يكون نفس هذا الحق مالاً من الأموال يقبل المعاوضة عليه ويكون من آثاره تحقيق الاستطاعة والانتقال إلى الورثة كبقية الأموال التي تورث.

ولكن هذا الرأي غير صحيح، باعتبار أن هذا المقدار من الحق من حقوق المستأجر بدرجة أن المالك يكون ملزماً بإجابته على الإجارة لو أراد ذلك بعد انتهاء المدة. الأمر يتوقف على الدليل ما دام لم يثبت عند العرف أن ذلك من قبيل الحقوق العائدة إلى المستأجر، ولابد للمالك عندها من الإجابة وعدم التخلف، وأقصى ما في البين، أنه قد جرت العادة العرفية على أن المالك لا يتصدى لإخراج مستأجره بل يدعه وطبعه مراعاة لأسبقيته طالما لم يخل بشروط العقد، ولكن عدم تصديه لإخراجه لا يكون موجباً لأن يكون عدم إخراجه من الشروط الضمنية التي يجب الوفاء بها من قبل المالك.

ومن البعيد جداً، أن يكون المؤجر حين عقد الإيجار يقصد إنشاء هذا الحق للمستأجر.

وعلى فرض، أن العرف يرى أن ذلك حقاً فإنما هو من الحقوق والأحكام الثانوية التابعة لحصول الإجارة بحيث تتحقق بعد حصولها في الخارج فتكون في مرتبة متأخرة عن العقد وإنشائه، وهذا لا يتم للنقض الذي يرد عليه فإنا لو أردنا أن نأخذ مثل هذا التباني العرفي بنظر الاعتبار كشرط من الشروط الضمنية كما هو الحال في موضوع تسليم نقد البلد في المعاملة الواقعة بين الطرفين، أو التسليم والتسلم

فلابد من أن نعتبر خدمة الزوجة في بيت زوجها كربة بيت فلا يجوز حينئذٍ التخلف عن ذلك، ولا أخذ الأجرة عليه لو أرادت ذلك. في حين أن الزوجة حرة في خدمة بيتها والشارع المقدس لم يوجب عليها ذلك إنما فضل منها في ترتيب بيتها.

ولو فتحنا باب النقض لجئنا بكثير من الأمثلة إليه.

هذا لو خرجنا الشرط المذكور على نحو شرط النتيجة، بحيث يكون للمستأجر البقاء في المحل بالأجرة المقررة من دون أن يؤجره المالك من جديد، وهكذا الحال لو قلنا، بأن المستفاد من هذا الشرط الضمني هو أن المالك يؤجر المحل على المستأجر لو أراد أن يستأجره منه، ويخرج الشرط على نحو شرط السبب فهذا المقدار أيضاً ليس بكافٍ لتصحيح المعاملة، **لأنا نقول:**

إن هذا لو كان فإنه لا يتعدى أن يكون شرطاً من الشروط وللمستأجر قابلية إسقاطه بأن لا يستأجر المحل منه في السنة الثانية، أما نقله إلى الغير كحق من الحقوق سواء كان مجاناً، أو بعوض. من صلح ونحوه فهذا مما لا دليل عليه، ولو فرضنا أن المستأجر القديم اشترط بنحو الشرط الصريح على المالك بأن له الحق في تجديد عقد الإيجار معه عند حلول الموعد وانتهاء مدة الإيجار فإن هذا الشرط يلزم على المالك إجابته في هذه الجهة، أما أن المستأجر يتنازل عن المحل إلى غيره بأن يأخذ في قبال تنازله مبلغاً من المال فهذا مما لم يكن مستفاداً من ذلك الشرط الصريح فكيف به لو كان ضمنياً، وعلى فرض تسليمه.

إذن، فلا مجال لتصحيح أخذ المال وإعطائه إلاّ أن ينزل الأخذ المذكور على الهبة بنحو يشترط الواهب ـ والذي هو المستأجر الجديد ـ على المستأجر القديم أن لا يزاحمه في استيجار المحل في المستقبل، وهذا أمر سائغ لا بأس فيه فإن للإنسان أن يهب لآخر مقداراً من المال ويشترط عليه أن لا يزاحمه في شراء الدار الفلانية، أو الحاجة الفلانية، وما شاكل. أو نجعل ذلك من قبيل الهبة المعوضة والعوض هو مجرد عدم المزاحمة والتخلي عن الإقدام على استيجار المحل.

وبهذا المضمون وردت الرواية عن الإمام الصادق (عليه السلام).

حيث دلت على صحة أخذ المال عوضاً عن انتقال الشخص عن المنزل فيسأله الراوي (عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على أن يتحول عن منزله فيسكنه قال: لا بأس به)[1].

وربما نزلنا ذلك على الجعالة، بأن يدفع المستأجر الجديد مقداراً من المال كجعالة إلى المستأجر القديم على أن لا يزاحمه في هذا الاستيجار، ويكفي في الجعالة أن لا يعمل شيئاً، ولا يشترط أن يكون بإزائها عمل من الأعمال بل نفس عدم الإقدام على الإيجار هو أمر معتبر عندهم ويدفع بإزائه الجعل.

وهناك طريق ثالث لتصحيح أخذ المال، وهو تخريج هذه الاتفاقية بين المستأجرين الجديد والقديم على الصلح بأن يتصالح الطرفان على أن يدفع المستأجر الجديد إلى المستأجر القديم مبلغاً من المال بشرط عدم مزاحمة هذا الطرف للمستأجر الجديد في استيجار المحل.

موقف المالك من السرقفلية:

هذا كله من ناحية المستأجرين الجديد والقديم، وكيفية دفع الأول المال إلى الثاني، وصلاحية أخذ الثاني منه.

أما حال المالك في وسط هذه المعاملة التي عقدت بغير إذنه فهل له المنع منها، أو لابد من الرضوخ والقبول؟

أما ما تقدم من الرواية الواردة (فيمن يرشو المال ليتحول عن المنزل) والتي تصرح بنفي البائس، فإنها لا تدل إلاّ على نفي البائس بإعطاء المال بإزاء أن يتحول الآخر عن الدار، وأما نفوذ ذلك الاتفاق على المالك فلا دلالة للأخبار عليه.

والخلاصة:

أن قبض المال على سبيل (السرقفلية) وإن كان صحيحاً للمستأجر القديم إلاّ أن

---

(١) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ١٧، ٢٧٨، ح٢، باب جواز أخذ الجعل ... وعلى التحول من المسكن يسكنه غيره.

هذه المعاملة لا تنفذ على المالك بل للمالك تمام الحق في التصرف بأمواله إن شاء أجاز الإجارة الجديدة، وإن شاء منع، فإن الناس مسلطون على أموالهم والمفروض عدم ما يحدّ من هذه السلطة.

أما الوجوه المذكورة، فإنما هي لتصحح لنا أخذ المال من المستأجر الجديد إلى القديم وعدم المانع منه فقط. أما المالك فهو حر.

النوع الثاني من السرقفلية:

ومن أقسام السرقفلية ما شاع أخيراً في أيامنا الحاضرة من أن المالك هو الذي يستلم هذه السرقفلية من المستأجر بعد أن تنبه كثير من الملاك إلى أن موضوع السرقفلية أمر عرفي شائع في الأسواق، فبدلاً من أن يتمتع بهذا المال غيره فهو أحق به. ـ فمثلاً ـ يأخذ المالك مائتي دينار كسرقفلية، وخمسين دينار كإيجار سنوي.

والفرق بين هذا النوع، والنوع الأول واضح، ذلك لأن المالك في النوع الأول بعيد عن المعاملة الجديدة بين المستأجر الجديد والقديم، أما في هذا النوع فهو قد قبض مبلغاً من المال حين إيجاره للمحل من أول الأمر.

فما هو الحكم في هذا المبلغ المأخوذ من المستأجر الأول؟

وهل للمالك المنع من إيجار المحل لمستأجر جديد من قبل المستأجر القديم الذي قبض منه السرقفلية أو ليس له ذلك؟

المستأجر والسرقفلية:

ويختلف حال المستأجر **فتارة**: يؤجر المحل على غيره مع أخذ زيادة على ما دفعه إلى المالك. **وثانية**: يأخذ نفس المبلغ المدفوع، وهو في مفروض المثال مائتا دينار.

أما لو أخذ زيادة على ما دفعه كأن يأخذ المستأجر القديم ثلاثمائة دينار من المستأجر الجديد فتجري في المائة دينار الإضافية جميع الوجوه المتقدمة في القسم الأول من السرقفلية من الهبة، أو الجعالة، أو الصلح.

وأما نفس المبلغ المدفوع لو أخذه من المستأجر الجديد فلا طريق لنا لتصحيح

هذا الأخذ إلاّ على الحوالة، لأن للمستأجر القديم هذا المبلغ في ذمة المالك، وهو مائتا دينار، وحيث يأخذ المستأجر القديم المبلغ من المستأجر الجديد فهو يحوله بالمبلغ على المالك، وهكذا يفعل كل مستأجر سابق مع المستأجر اللاحق، وفي الحقيقة أن لكل مستأجر يشغل المحل مبلغاً قدره مائتا دينار بذمة المالك فهو حين خروجه من المحل مخير بين الرجوع فيه إلى المالك ليتسلمه منه، أو ليتسلمه من المستأجر الجديد ويحوله على المالك لأخذ ما له بذمته.

كل هذا وللمالك كامل الحرية في ملكه لو شاء أجاز الإجارة، وبقي المبلغ بذمته للمستأجر الجديد، وإلاّ دفع المبلغ وأخرج المستأجر الجديد لأن الناس مسلطون على أموالهم.

وقد يقال: بأن مالك المحل لا يمكنه من الوقوف في طريق هذه المعاملة الجديدة بين المستأجرين الجديد والقديم وذلك، لأن أخذه للمال من المستأجر الأول هو في الحقيقة تخويل له بالإيجار لمن يريد عند تركه للمحل، ويكون هذا شرطاً ضمنياً في أثناء العقد ولا وجه لمنع المالك. بتقريب، أن الناس مسلطون على أموالهم، لأن السلطنة في مفروض هذا العقد محدودة طبقاً للشرط الضمني الذي قبل به وسجله على نفسه في ضمن عقد الإيجار.

والجواب عن هذا الاعتراض: بأنا سبق، وأن أغلقنا باب هذا النوع من الشروط الضمنية كما عرفت تفصيله في بيان القسم الأول من السرقفلية لأن المالك قد أخذ المال من المستأجر قرضة بذمته وإزاء هذه القرضة منحه حق الأسبقية والجلوس في المحل، حيث يتنافس عليه المستأجرون، وأما بعد ذلك فيكون للمستأجر الحق بايجار المحل لمن يشاء فهذا غير مستفاد من العقد بحيث يسجل المالك على نفسه أن لا يخرج من يؤجر عليه المحل بعد تركه للمحل.

نعم، لو كان العرف في بلدة يرون ذلك بحيث يكون قبض المالك للسرقفلية في الحقيقة إذناً منه للمستأجر بإعطائه الحرية في الإيجار لمن يريد كأن يكون هذا المعنى شرطاً ضمنياً في نظرهم فإن المؤمنين عند شروطهم ولابد من الإمضاء.

وهناك طريقة تصحح هذا النوع من السرقفلية بحيث يكون المالك ملزماً بإمضاء الإجارة الجديدة من المستأجر القديم لو أراد ترك المحل تلك الطريقة تنحصر في الالتفات بإبراز الشرط في ضمن العقد كأن يصرح به، وإن كان التصريح به يكون على نحوين: في أحدهما، يكون باطلاً، وفي الآخر، يكون صحيحاً.

أما صورة البطلان فهي:

فيما لو أخذ منحه هذا الحق من صلاحيات الإيجار للغير شرطاً للقرض والذي هو شرط في نفس العقد، لأن المالك حين إيجاره للمحل إلى المستأجر الأول اشترط عليه بإقراضه المبلغ المذكور وهو مائتا دينار، وهنا لو التفت المستأجر وأخذ شرط منحه صلاحية الإيجار لمن يريد في ضمن عقد القرض كان هذا الشرط باطلاً كأن يقول المالك للمستأجر: أجرتك المحل بخمسين ديناراً سنوياً واشترط عليك إقراضي مائتي دينار ما دمت جالساً في المحل فيقبل المستأجر الإجارة المذكورة بقوله: قبلت. ووفاء بالشرط المذكور يقرضه المبلغ ويشترط عليه في ضمن عقد القرض الجديد بأن له كامل الحرية في إيجار المحل لمن يشاء فلو قبل المالك هذا الشرط لكان باطلاً لأنه شرط يجر نفعاً للمقرض وهو ملحق بالربا كما تقدم بيان بطلان مثل هذا.

وأما صورة الصحة فهي:

كما لو أوقع المستأجرون الإيجار على النحو التالي: كأن يقول المالك للمستأجر، أجرتك المحل بخمسين دينار سنوياً وشرطت عليك أن تقرضني مائتي دينار، وفي الوقت نفسه فقد شرطت على نفسي بأن لا أمنعك من إيجار المحل لمن تشاء عند انتهاء مدتك أو قبلها، فيكون هذا الشرط الذي يعود نفعه إلى المستأجر شرطاً في عقد الإجارة لا في عقد القرض وإنما أخذ هذا الشرط ونفس القرض شرطاً في عقد الإجارة فلا مانع منه من هذه الجهة.

ولكن هذا كما عرفت، مخرّج على التصريح بهذا الشرط، أما لو لم يصرح به وبقي الموضوع موكولاً إلى كونه من شروط التباني ـ كما لا يبعد كون السرقفلية في هذه

الأيام المخرجة على هذا القسم الثاني من هذا النوع من الشروط حيث لم يصرح بمنح صلاحية إيجار المحل للمستأجر بل يوكل إلى التباني ـ فقد تقدم الإشكال فيه، وأن المالك يبقى مسلطاً على ماله، وله الحق في فسخ الإجارة الجديدة ودفع ما بذمته إلى من أخذت منه السرقفلية.

تصفية الوقف الذري

عرض وحديث، التصفية والمذاهب الخمسة، المدار في تصفية الوقف، استملاك الدور والبساتين، نهاية المطاق.

عرض وحديث:

من المؤسف له أن يكون الوقف مثار جدل، ونقاش في الآونة الأخيرة فيتصدى الكثير ممن لم يهمه أمر الدين الإسلامي الحنيف للمطالبة بإلغائه وتحويل السلطة بتصفية ما هو موجود منه، وقائم بين الناس، متذرعين بحجج واهية لا أساس لها ولا اعتبار.

ومن ذلك ما يصرحون به من أن الوقف أصبح منشأً لوجود الخصومات بين الأسر والجماعات، أو أنه إسقاط للعين الموقوفة عن معرض الازدهار والترقي إذ لا تكون قابلة للانتقال من ملك شخص لآخر، ومن ثم إجراء ما يقتضيه هذا من إدخال التحسينات على العين الموقوفة. وما إلى ذلك من الأعذار غافلين عن جهة دقيقة، هي:

أن ما يدعونه يعود بالنتيجة إلى سوء تصرف المتولين، والإهمال منهم بشؤون الوقف، وكان الأحرى بهؤلاء أن يطالبوا بتشديد العقوبات والضرب على أيدي العابثين بالوقف ليكون ذلك أجدر بهم كمسلمين ينظرون إلى الشريعة المقدسة نظر اعتبار وتفهم، فإن ديننا الإسلامي الحنيف لم يكن وليد تفكير سطحي عادي بعث رسوله (ﷺ) إلى جماعة من البشر يوم لم يكن للحضارة ما لها اليوم من الترقي والازدهار بل إنها رسالة السماء إلى الأرض بعدما شاءت الحكمة الإلهية أن تكون هذه الرسالة خاتمة الرسالات الإلهية وآخر قانون يبقى ليتحدى الزمن فينشر لهم كل يوم من الأسرار ما عجزت عن فهمه القرون السالفة فلا غرو إن كانت الرسالة الإسلامية المحمدية تكفل للبشر حياة هانئة وسعادة أفضل إلى اليوم الذي يختار الله عز وجل للبشرية النهاية المحتومة.

وما ساقنا لهذا الكلام إلاّ أن نبين لهؤلاء الذين طالبوا بإلغاء الوقف الذري بأن سوء التصرف الذي يصدر من القائمين بشؤون الوقف لا يكون منشأً لتصفية الوقف وتشويه حقيقته ولا إخفاء ما قصده المشرع الأعظم من وراء تشريعه من المنافع التي تعود إلى الصنف البشري.

فحلال محمد (ﷺ) حلال إلى يوم القيامة، كما وأن حرام محمد (ﷺ) حرام إلى يوم القيامة.

أما الآن، وقد انصاعت بعض الحكومات الإسلامية إلى سن القوانين الخاصة التي تخول بتصفية الأوقاف الذرية، فقد تفضل شيخنا الأستاذ (دام ظله) برأيه في هذه التصفية، وكيفية ملائمتها مع المذاهب الإسلامية الخمسة، وما يتعلق بذلك من المباحث التي لها تمام الصلة بالموضوع.

ولسنا ونحن في هذه العجالة، في صدد بيان تعريف الوقف وذكر ما يتعلق به من الأحكام خشية أن يجرنا الكلام إلى التطويل.

إنما نحن في صدد بيان لمحة عن تصفية الأوقاف الذرية، ومحاولة تلمس وجه شرعي يصحح لنا هذه التصفية ـ لو كان لنا من الأدلة ما يساعد على ذلك ـ ولهذا يقع البحث في جهتين:

الأولى: في أن هذه التصفية المذكورة هل تلتئم مع المذاهب الإسلامية الخمسة أو لا؟

الثانية: في أن المدار في الجواز على مذهب الوارث أو الواقف.

التصفية والمذاهب الخمسة:

ولابد لنا من ملاحظة جهة لزوم الوقف عند المذاهب الإسلامية، ومتى يكون لازماً بحيث لا يتمكن الواقف أو الوارث الرجوع فيه.

أما الإمامية، فقد ذهبوا إلى أن لزوم الوقف يتوقف على حصول الإقباض، فلو لم يحصل ذلك الإقباض جاز للواقف أو الوارث الرجوع فيه، ولا يكفي فيه مجرد صدور اللفظ من الواقف ما لم يتحقق القبض [1].

وأما بقية المذاهب من، (الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية). فمصادرهم

---

(١) نقل السيد العاملي آراء فقهاء المذهب الإمامي كاملة حيث منعوا من تحقق لزوم الوقف قبل الاقباض. لذلك راجع مفتاح الكرامة: كتاب الوقف ٩/ ٧.

الفقهية تحدثنا بأن:

(الوقف جائزة بالاتفاق، وهل يلزم أم لا؟ قال: مالك والشافعي وأحمد يلزم باللفظ، وإن لم يحكم به حاكم، وإن لم يخرجه مخرج الوصية بعد موته، وهو قول أبي يوسف فيصح عنده ويزول ملك الواقف عنه، وإن لم يخرجه الواقف عن يده، وقال محمد يصح إذا أخرجه عن يده بأن يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه، وهي رواية عن مالك، وقال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة، ولكنه غير لازم ولا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم أو يعلقه بموته، فيقول: إذا مت فقد وقفت داري على كذا) [1].

إذن، فلزوم الوقف على رأي كل من الشافعي والمالكي والحنبلي يكون بصدور اللفظ، أما أبو حنيفة فالعبارة المذكورة لا تعطينا رأيه واضحاً في بادئ الأمر فمن قوله (وقال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة، ولكنه غير لازم) فهمنا أنه ـ كهبة غير الرحم ـ يجوز له الرجوع فيها مع بقائها فيكون لزومه متوقفاً على حكم الحاكم أو حصول ما علق عليه من الموت مثلاً.

ومن قوله (ولا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم) نفهم أن الوقف كالصرف حيث يتوقف أصل التمليك فيه على حصول القبض والذي يفهم من رأي أبي حنيفة أنه، إما أن يقول ببطلان الوقف ما لم يحكم به الحاكم أو بصحته وعدم لزومه ما لم يحكم به الحاكم [2].

وعلى أي حال فلزوم الوقف عند أبي حنيفة على حكم الحاكم، وقد نقل ذلك عن أبي حنيفة كل من الشيخ الطوسي والعلامة الحلي (رحمهما الله) قال الشيخ في الخلاف: (وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم بالوقف لزم، وإن لم يحكم لم يلزم وكان

---

(١) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: ص١٨٥. والشعراني: الميزان/ ٢، ١٠٦.

(٢) راجع كتاب: شرح أحكام تصفية الاحباس: ٢٣ ـ ٢٤ فقد ذكر هذين الوجهين وقال عالمكير الحنفي ولا يلزم ـ أي الوقف ـ إلاّ بطريقين: أحدهما: قضاء القاضي بلزومه. والثاني: أن يخرج مخرج الوصية فيقول (أوصيت داري هذه) فحينئذ يلزم الوقف. يراجع الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٥٠.

الواقف بالخيار إن شاء باعه، وإن شاء وهبه)[١].

وقال العلاّمة في التذكرة: (وقال أبو حنيفة الوقف لا يلزم بمجرده وللواقف الرجوع فيه، وإذا مات رجع فيه ورثته إلاّ أن يرضوا به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم)[٢].

وإذا أتضح رأي المذاهب الإسلامية في لزوم الوقف فنقول:

إذا كملت عملية الوقف من حصول الصيغة والقبض وحكم الحاكم بذلك ففي هذا الحال لا يجوز تصفية ذلك الوقف طبقاً لجميع المذاهب الإسلامية ولا وجه بعد هذا للتصفية المذكورة بمجرد طلب بعض الموقوف عليهم لها.

وأما لو لم تكمل عملية الوقف، كما لو وقف شخص داراً أو بستاناً وحصل القبض، ولكن لم يحكم به حاكم فهنا نرى الآراء مختلفة، فلا تجوز التصفية على مذهب الإمامية والشافعية والمالكية والحنابلة: لعدم توقف اللزوم عند هؤلاء على حكم الحاكم، أما الحنفية فحيث اشترطوا في لزومه أن يحكم الحاكم بذلك والمفروض عدم حصوله فتجوز والحالة هذه تصفية الوقف على مذهبهم من غير فرق على الظاهر بين الوقفين الذري والخيري.

ومن هذا يظهر لنا، أن فكرة تصفية الوقف اعتمدت على المذهب الحنفي فقط بشرط: إن لم يكن الوقف قد حكم به الحاكم، أو لم يكن بطريق الوصية.

أما الأباضية، فقد توقفوا فادعوا أن الوقف منسوخ بما روي عن النبي (ﷺ) بعد نزول آيات المواريث في سورة النساء حيث قال: (لا حبس عن فرائض الله) أي لا منع عن المواريث التي فرضها الله تعالى[٣].

والجواب عن هذه الدعوى من وجوه:

---

(١) الشيخ أبو جعفر الطوسي: الخلاف/ ٣، ٥٣٨، تحقيق: السيد علي الخراساني، والسيد جواد الشهرستاني، والشيخ مهدي طه نجف..

(٢) العلامة الحلي: تذكرة الفقهاء/ ٢، ٤٢٧، كتاب الوقف، الطبعة الحجرية..

(٣) شرح أحكام تصفية الاحباس: ص٢٣.

الأولى: أنه لو صح هذا الحديث، فهو إنما يدل على نفي حبس حرمان بعض ذوي الفرض كالبنات، وحينئذ، فيكون اللازم حمله على الكراهة.

والأولى، هو الأخذ بظاهره من الحبس، ومن الواضح، أن الحبس لا يتضمن الخروج عن الملك ليكون من قبيل الوقف، بل للحبس أحكامه الخاصة، ومن تلك الأحكام أنه لو كان مطلقاً يبطل بموت الحابس ويعود ميراثاً عيناً ومنفعة قال المحقق الحلي(رحمه الله): (أما لو حبس شيئاً على رجل معين، ولم يعين وقتاً ثم مات الحابس كان ميراثاً، وكذا لو عين مدة وانقضت كان ميراثاً لورثة الحابس) [١]، ولا مجال لنا، في هذه اللمحة العابرة من بيان أحكام الحبس تفصيلاً.

الجواب الثاني: أنه لا عبرة بقول الأباضية في قبال بقية المسلمين. مضافاً، إلى أن المؤلف المذكور نقل أوقافاً وقعت من الصحابة في عهد النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) [٢].

والظاهر، أنها وقعت بعد نزول آيات المواريث. على أن من يراجع الكتب التاريخية والفقهية يجدها مشحونة بذكر صور الأوقاف الصادرة من الصحابة لا في عهد النبي (صلى الله عليه وآله) فحسب بل وحتى بعد وفاته (صلى الله عليه وآله).

نقل صاحب كتاب التاج ما يلي[٣] (قال: كتب معيقيب وشهد عبد الله ابن الأرقم.

بسم الله الرحمن الرحيم:

هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين، إن حدث به حدث أن ثمغا [٤] وصرمة بن الاكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقة الذي فيه والمائة التي أطعمه محمد (صلى الله عليه وآله) بالوادي تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها

---

(١) المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ آخر كتاب السكنى والحبس.

(٢) شرح أحكام تصفية الاحباس ٧ ـ ١٣.

(٣) الشيخ منصور علي ناصف: التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول/ ٢، ٢٢٣.

(٤) ثمغ: كفلس وصرمة كنعمة ضيعتان كانتا لعمر في خلافته، أو المراد بالصرمة هنا القطعة الخفيفة من النخل والابل.

ألا يباع ولا يشتري ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذي القربى، ولا حرج على من وليه إن أكل أو أكّل أو اشترى رقيقاً منه. رواه أبو داود إلى أن يقول في الهامش: وفضلاً عما هنا من وقف عثمان وأبي طلحة وسعد أمام النبي(ﷺ) وإرشاده لهم فيما سلكوا قد ثبت الوقف عن أبي بكر وعلي والزبير وسعيد وأنس وحكيم بن حزام وعمرو بن العاص وزيد بن ثابت رضي الله عنه كما رواه البيهقي عنهم والله أعلم.

وقد أورد المؤلف في ص١٣ من كتابه المذكور عن ابن عباس سمعت رسول الله(ﷺ) بعد ما نزلت سورة النساء في المواريث نهى عن الحبس.

والجواب عنه: أن هذا المقدار من النهي لا يضر بما نحن فيه من الوقف لما بيناه من أن الحبس شيء والوقف شيء آخر، ولكل أحكامه الخاصة، ولم يعلم إرادة الوقف من نهي رسول الله (ﷺ) بمجرد نهيه عن الحبس.

وأما ما جاء في نفس الكتاب المذكور [1] عن شريح القاضي من إبطال الوقف فيقول شيخنا (دام ظله) في رده: أنه لا عبرة بشريح، ولا بفتواه في قبال المذاهب الخمسة وبقية فقهاء الأمة الإسلامية.

وقد تعرض المؤلف أيضاً، تأييداً لما يبتغيه من سداد باب الوقف إلى الفتوى الصادرة من مفتي الاسكندرية الشيخ محمد بن محمود الجزائري المصدرة إلى محمد علي باشا، وقد قال في آخرها [2].

(وقد ذكر جمع أرباب المعتبرات ومنهم صاحب الدر المختار أن أمر الأمير متى صادف فعلاً مجتهداً فيه نفذ أمره أي وجب امتثاله والامتناع عن مخالفته، وإذا عرف هذا، فإذا ورد أمر من الأمير بمنع العامة من إيقاف أملاكهم أو تحبيسها فيما يستقبلها من الزمان سداً لذريعة أغراضهم الفاسدة جاز ذلك لأنه مما تقتضيه السياسة الشرعية).

---

(١) راجع كتاب شرح أحكام تصفية الاحباس: ١٥ ـ ٢٣.

(٢) لاحظ المصدر المتقدم: ٢٣ ـ ٢٤.

ويجاب عن هذه الفتوى:

بأن نفوذ أمر الأمير إذا طابق فتوى بعض المجتهدين ـ لو سلم أنه من باب إطاعة أولي الأمر ـ فإنما هو لو كان ذلك المجتهد جائز التقليد دون من لم يكن له هذه الأهلية، على أن نقل الفتوى المذكورة لا علاقة لها بما نحن فيه فنحن بصدد البحث عن جواز تصفية ما صار وقفاً وإبطال ما لزم منه أو عدم جواز ذلك والفتوى المذكورة إنما تمنع الوقف والحبس مجدداً، ولهذا بحثه الخاص به ولا علاقة لذلك بما نحن فيه.

والخلاصة:

هي، أن الاقدام على التصفية متوقف على متابعة المذهب الحنفي فيما لم يحكم الحاكم بذلك الوقف، وما لم يكن بطريق الوصية، وفي الحقيقة أن الوقف الذي لم يحكم به الحاكم إنما ساغت تصفيته على رأي أبي حنيفة لأنه لم يستجمع شرائط لزومه، ومنها الحكم وإلاّ فلو حكم الحاكم به كان لازماً ولا تجوز تصفيته على جميع المذاهب.

المدار في جواز تصفية الوقف:

وهل أنه على مذهب الواقف أو الوارث أو المشتري؟

الظاهر، أن المدار في الجواز على مذهب الوارث والمشتري لا الواقف. فلو كان الواقف غير حنفي لكن الوارث كان حنفياً جاز للوارث طلب تصفية الوقف مع عدم حكم الحاكم بالوقف.

بل يمكن **أن يقال**، أن الوارث لو كان غير حنفي فإنه يجوز له أن يطلب تصفية الوقف لو كان مقلداً لأحد المذاهب الثلاثة الشافعي أو المالكي أو الحنبلي بأن يقلد أبا حنيفة في خصوص هذه المسألة كما نصوا على ذلك، لأن الظاهر منهم، أنهم لا يعتبرون الأعلمية في التقليد، أو أن المذاهب الأربعة عندهم سواء في الفضيلة [1].

---

(١) راجع في خصوص هذا البحث السيد محمد صادق بحر العلوم: دليل القضاء الشرعي/ ٢، ٦٥٢ ـ ٦٩٠، فقد نقل رأي المذاهب في هذه المسألة بما يغني المتتبع عن الالتجاء إلى بقية الكتب.

وحينئذ، فلو كان غير حنفي وقلّد أحد المذاهب الثلاثة جاز له طلب التصفية تقليداً لأبي حنيفة في خصوص هذه المسألة ـ كما تقدم ـ.

وهكذا الحال في المشتري، فإنه وإن لم يكن حنفياً بل كان من أحد المذاهب الثلاثة فإنه يجوز له الإقدام على الشراء مقلّداً أبا حنيفة في خصوص هذه المسألة كما ذهبوا إليه. كل ذلك فيما لو كان الوارث أو المشتري غير إمامي بل من أحد المذاهب الثلاثة لأنهم أجازوا تقليد الحنفي في خصوص هذه المسألة ـ كما قلنا ـ أما لو كان إمامياً فلا يسوغ له ذلك، ولا مورد لقاعدة الالزام بأن يقوم الإمامي على أخذ ما ورثه أو شراء ذلك الوقف اعتماداً منه على (قاعدة إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم) كما هو الحال في نكاح المطلقة على مذهبهم فإن ذلك ليس إلاّ للأدلة الخاصة على نفوذ طلاقهم الموافق لمذهبهم لقوله (عليه السلام) (لزمته إذا كان معتقداً للثلاث).

وتوضيح عدم كون ذلك من باب قاعدة الإلزام هو، أن المستفاد من قاعدة الإلزام أنه لو كان مذهب العامي يقتضي ثبوت حق عليه للإمامي ومذهب الإمامي لا يقتضي ثبوت ذلك الحق، فقاعدة الإلزام تقول إن للإمامي إلزامه بما لزم به نفسه وأخذ منه الحق الذي يعتقد هو، وإن كان الإمامي لا يعتقد به كما في مسألة العصبة بالنسبة إلى العم وبنت أخيه لو كان العم إمامياً وبنت أخيه من العامة فإن العامة يرون أن للعم حق أرث العصبة والعم وإن كان لا يعتقد ذلك إلاّ أنه طبقاً لقاعدة الإلزام يجوز له أخذ الحق منها، وأما إذا كان العامي معتقداً لجواز البيع للعين الموقوفة مثلاً فلا يجوز للإمامي الإقدام عليه من ناحية الشراء تمسكاً منه بهذه القاعدة إذ لا معنى للإلزام في هذه الموارد.

ولذلك لا يجوز لنا أن نشتري النبيذ من الحنفي [1] ولا الحيوان المذبوح الذي لم

---

(١) حيث يرى الحنفية بيعه جائزاً، قال السمرقندي الحنفي في تحفة الفقهاء ٣، ٤٥٦: (وأما بيع هذه الأشربة، وتمليكها فجائز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وممن لا يجوز ذلك إلى أن قال يعدل: وأبو حنيفة يقول: (إن الأخبار تعارضت في هذه الأشربة ـ ويقصد بها ينقع الزبيب والتمر وغيرهما من الأنبذة ـ في الحل والحرمة فقلنا بحرمة الشرب احتياطاً ولا تبطل الحلية في الحالة الأولى احتياطاً لأن الاحتياط لا يجري في إبطال حقوق الناس).

يذكر اسم الله عليه من الشافعي [١].

نعم: لم أقدم الإمامي وأشترى، ولم يكن عالماً بالوقفية ثم بعد ذلك ادعاها البائع لم تسمع دعواه.

ولم ثبتت بالقطع أو بالطرق الشرعية أشكل الأمر على المشتري، وإن لم يكن للبائع حق الدعوى لأنها منافية لمذهبه فلا يلتفت إليها، ولكن يبقي الإشكال على المشتري، وكيف يصح له تملك الوقف إذا كان من الأوقاف العامة، وكذا إذا كان من الأوقاف الخاصة على الذرية لما عرفت من أن حلية البيع عند البائع العامي لا توجب حلية الشراء للإمامي، ولا مورد فيه لقاعدة الإلزام ـ كما عرفت ـ لأن مفادها كما بيناه أخذ الحق منه على مذهبه لا جواز الشراء على مذهبه.

استملاك الدور والبساتين:

وربما تخيل البعض، أن استملاك الحكومة للدور والبساتين الموقوفة بالوقف العام أو الخاص وتوزيعها عرصات على الأهليين بعد دفع شيء من المال إلى أصحابها من هذا القبيل، إذ أن هذا الأخذ من قبل الدولة للأعيان الموقوفة خاصة كانت أو عامة يكون حاله كحال الأراضي التي تكون مملوكة لأهلها بالملك الصرف وتأخذها الحكومة لتفتح منها الشوارع وما شاكل ذلك [٢] وهو إشكال آخر غير إشكال تصفية الوقف إذ لو صحت التصفية المذكورة بوجه من الوجوه لم يصح شراء أمثال هذه الدور والبساتين إلاّ بارضاء أصحاب تلك الأراضي أو الموقوف عليهم. وأشكل من الجميع ما لو كان المستملك من الأراضي الموقوفة على الجهات أو كانت وقفاً عاماً.

---

(١) لم ير الشافعي التسمية من شرائط التذكية، فقد قال السمرقندي الحنفي: ومنها ـ أي من شرائط الحل ـ التسمية حتى لو تركها عامداً: لا يحل عندنا وعند الشافعي يحل. راجع تحفة الفقهاء: في شرائط الحل/ ٣، ٧٧.

(٢) تعرض شيخنا الأستاذ دام ظله إلى موضوع الشوارع المفتوحة من قبل الدولة في بحث موجود في ضمن هذه البحوث.

نهاية المطاف:

إن الطريق المصحح لتصفية الوقف عند غير الإمامية بطبيعة الحال ليس إلاّ فتوى (أبي حنيفة) في خصوص ما لم يصدر به حكم الحاكم وفي غير الوصية بالوقف. أما لو كان قد صدر به حكم الحاكم وقد تصرف به الورثة بوجه يصدق عليه القبض والإقباض فلا يجوز تصفية ذلك الوقف على جميع المذاهب الإسلامية الخمسة، وأنه بدعة ممنوعة عندنا بل عند جميع المذاهب ـ كما عرفت ـ. وما جوزوه من موارد بيع الوقف لا دخل له بتشريع القانون المخول لتصفية الوقف وحلّه فإنه تشريع صرف ولم يقل به أحد حتى القائلين بالقياس والاستحسان. فإن فتح باب القياس والاستحسان إنما يقول به صاحبه فيما لم يكن حكمه الشرعي معلوماً من الشارع المقدس لا ما كان حكمه معلوماً وثابتاً عند الجميع.

البيع القهري أو إزالة الشيوع

موضوع البحث، كلمات الأعلام، موارد البيع الاجباري، الاستدلال بقاعدة نفي الضرر والضرار.

موضوع البحث:

والغرض من بحثنا هذا هو ملاحظة الأدلة لفتح باب البيع القهري في كثير من الموارد، ومنها (موضوع البحث) فيما لو وقع النزاع والتخاصم بين الشركاء في شيء تمتنع قسمته (كجوهرة) مثلاً وقد خلفها مالكها لجماعة يكثر عددهم فتخاصموا إلى الحاكم الشرعي وكل يريد حقه، أو دار ورثها جماعة من مورثهم ولا يمكن قسمتها بينهم والاستفادة بكل حصة منها، فهل نتمكن والحالة هذه من فتح باب البيع القهري وجعل هذه السلطة بيد الحاكم الشرعي فيتصدى لبيع ما وقع النزاع فيه وتقسيم ثمنه عليهم إن لم يكن هناك طريق آخر يستفيدون بواسطته؟ وهذا هو المسمى في يومنا هذا (بإزالة الشيوع) وقد أفاد شيخنا الأستاذ (دام ظله) في ذلك:

بأن فتح باب الإجبار على البيع للحاكم الشرعي. أو تولية الحاكم لذلك عند عدم التمكن من الإجبار ليس فيه دليل بالخصوص يصرح بذلك بل لابد من التماس هذا المعنى من الموارد الخاصة، والروايات الواردة في تلك الموارد حيث نستفيد منها كون الإمام (عليه السلام) في صدد بيان كبرى كلية لمثل هذه الموارد، ولو بتطبيق حديث (نفي الضرر والضرار) على الموارد الذي يريد أحد الأطراف إيصال الضرر إلى غيره من غير وجه معتبر، وإن كان ذلك الغير شريكه.

كلمات الاعلام:

ومن تلك الموارد ما صرح به الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله) حيث قال: (لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعة أنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كانت له أجرة جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر، كما صرح به في الدروس، ولعل ذلك من السياسات بناءاً على أن للحاكم ذلك ونحوه، وحينئذ لا ينحصر الأمر في ذلك فله حينئذ بيعه عليهم مع كونه مقتضاها كما عن بعض العامة [1] من كون ذلك وجهاً، أما مع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به

---

(١) قال ابن رشد في الشركة في الحيوان والعروض ما يلي: (واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين =

بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة لأصالة عدم الوجوب وعدم صحة البيع عليهم)[١].

أما ما ذكره في الدروس (حيث أشار إليه صاحب الجواهر في كلامه الآنف الذكر) فقد قال الشهيد(رحمه الله) عند تعرضه لقسمة المهاياة ما يلي: (والمهاياة بالزمان والمكان كسكنى أحدهما بيتاً والآخر أخر جائزة وليست لازمة وإن استوفى أحدهما فيغرم الأجرة ولا يجبر الممتنع عليها وإن كانت القسمة ممتنعة. نعم، ينتزعه الحاكم ويؤجره إن كان له أجرة)[٢].

ولم يتعرض(رحمه الله) لحكم ما لم تكن له أجرة كما في مثال الجوهرة التي لا يمكن تقسيمها.

وأما إشارة صاحب الجواهر إلى البعض في قوله المتقدم (فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع) فهذا البعض هو الفاضل الهندي في كتابه كشف اللثام، فإنه شرح عبارة العلاّمة الحلي(رحمه الله) في القواعد (والقناة والحمام مما لا يقبل القسمة يجري فيها المهايات). بقوله: (ولا يجب أن يباع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة بل يترك حتى يصطلح الشركاء لأصلي عدم الوجوب وعدم صحة البيع عليهم. وللعامة وجه بالبيع عليهم وآخر

= الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه، فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فإن أراد احدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطي فيها أخذه. وقال أهل الظاهر لا يجبر لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلاّ بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع. وحجة مالك إن في ترك الإجبار ضرراً. وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلاّ مالك ولكنه كالضروري في بعض الأشياء) ابن رشد: بداية المجتهد/ ٢، ٢٦٤.

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٣٦، ٣١٤، : كتاب الشركة، الفصل الثاني: في تقسيم مال الشركة.

(٢) الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي المعروف بـ (الشهيد الأول): الدروس الشرعية في فقه الإمامية/ ٢، ١١٩، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي لجماعة المدرسين ـ قم المقدسة.

بالإجارة وتوزيع الأجرة عليهم) [١].

ومن عبارة الدروس السابقة نعرف، أن القول بالإجارة لم يكن مختصاً بالعامة بل الشهيد (عليه الرحمة) يقول به.

مضافاً، إلى أن القائل بالبيع أيضاً منا وهو القاضي ابن البراج، وسيأتي نقل كلامه.

ولكنّا مع الفاضل الهندي(رحمه الله) في رأيه حيث ناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظله)، بما حاصله:

فما معنى الترك حتى يصطلح الشركاء؟ وهل يصح للحاكم الذي ترافعوا إليه أن يتركهم وشأنهم إلى أن يأتي الفرج فيصطلحوا؟ وكيف يقع الصلح بينهم؟ ولو فرض تصالحهم فما هو معنى مراجعتهم للحاكم الشرعي حينئذ. كلها أسئلة واستفهامات دون جواب.

أما العلاّمة الحلي(رحمه الله) فقد قال (ولو تضمنت القسمة إتلاف العين واتفقا عليها منعهما الحاكم لما فيه من إضاعة المال) [٢].

وقال قبيل العبارة السابقة في مورد آخر ما يلي (وإن اشتملت القسمة على ضرر كالجواهر والعضائد الضيقة والسيف والسكين وشبهه لم تجز قسمته ولو اتفق الشركاء عليها) [٣]. والذي يظهر من قوله(رحمه الله) في التحرير (منعهما الحاكم) أن المنع المذكور إنما هو من باب الحكومة ورفع الخصومة وهو ما نبتغيه في هذا البحث لا من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإلاّ فلم يكن له اختصاص بالحاكم لو كان من باب الأمر بالمعروف لو سلمنا كون إقدام الشخص على إتلاف ماله منكراً. وإذن، فلو كانت للحاكم الشرعي صلاحية منع الشركاء من القسمة كان بيعه عليهم

---

(١) بهاء الدين محمد بن الحسن المعروف بـ(الفاضل الهندي): كشف اللثام/ ٣، ٣٥، منشورات مكتبة آية الله العظمى السيد المرعشي النجفي، قم المقدسة.

(٢) العلامة الحلي: تحرير الأحكام/ ٥، ٢١٨، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادري، إشراف: الشيخ جعفر السبحاني.

(٣) العلامة الحلي: قواعد الأحكام/ ٣، ٤٦، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي.

عند التخاصم كذلك من صلاحيته الممنوحة له بل لعله أولى لإمكان كونه، كما هو غير بعيد داخلاً في موارد القضاء أو في موارد الصلح القهري.

قال الفاضل المقداد(رحمه الله) في التنقيح (هل تدخل القسمة في كل شيء مما لا ضرر فيه قال الشيخ في المبسوط الزرع إن كان قصيلاً تصح قسمته أما قبل أن يصير قصيلاً أو بعد أن يشتد فلا يصلح ولم يفرق العلاّمة في الجواز بين الأحوال الثلاثة. وقال القاضي ابن البراج: لا تصح قسمة البقل بل يباع ويقسم ثمنه أو يقسم مجزوزاً إما بالوزن أو غيره، وهذا أحسن لأنه أبعد من الغبن).

قال شيخنا (دام ظله)، ولعل المراد من قوله (وهذا أحسن) هو أن يجز ويقسم. ويبقي الإشكال في إلزامهم بجزه ولعله مثل إلزامهم ببيعه.

وفي مختلف العلاّمة الحلي بعد نقل كلام الشيخ(رحمه الله) قال(رحمه الله): (والوجه عندي الجواز في الجميع وتعديل الزرع ممكن بالتقويم، وكذا إذا اشتد حبه). ثم نقل قول ابن البراج ثم قال: (وهو جيد) [1].

وفي كتاب الجواهر عند شرحه لقول صاحب الشرائع (رحمه الله) قال (نعم "لو طلب قسمة الزرع" خاصة "قال الشيخ" كما في المحكي عن مبسوطه هنا: "لم يجبر الآخر لأن تعديل ذلك بالسهام غير ممكن" ... وفيه إشكال) [2].

وقد تعرض الشيخ(رحمه الله) إلى ما ذكر عن ابن البراج فقال: (إذا كان القصيل بين قوم وأرادوا قسمته لم يصح ذلك إلاّ ببيعه وقسمة ثمنه بينهم، أو بأن يقطع من الأرض ويقسمونه كما يقسمون الغلة مثله، أو يكون مما يمكن قسمته بالتعديل وهو غير مخالف. بل يمكن أن يريد الشيخ ذلك أيضاً على معنى إرادة قسمته مع بقائه زرعاً لصعوبة تعديله حينئذ لعدم معرفة قوة استعداده، وبالجملة يكون نزاعاً في موضوع) [3].

---

(١) العلامة الحلي: مختلف الشيعة/ ٨، ٤٣٤، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة.

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٤٠، ٣٥٥.

(٣) المصدر المتقدم.

أما المرحوم الحاج علي كني فقد قال(رحمه الله): (وفي المفتاح ربما قيل كما في الدروس وغيرها بأن الحاكم ينتزعه ويؤجره لهما إن كان له أجرة وحيث جاء الجبر جاء الوجوب لما علم سابقاً من أنه من باب جبر الممتنع عما وجب عليه وأن ولايته للحاكم وبعده للعدول. وبالجملة، الوجوب لعروض خارجية من توقف واجب أو الخلوص من محرم عليهما لا يمكن إنكاره فيجيء الاجبار مع الامتناع ومن الأخير مهاياة البعض) إلى أن قال: (وقد علم مما فصل أن الحكم بأن المهاياة لا تلزم فلا تجب فلا يجبر عليها ولا على الإجارة إنما هو مع قطع النظر عن عروض العوارض الخارجية وإلاّ فيجبر عليها لو وقع النزاع في بعض الصور ولتوقف واجب عليها في آخر ... إلى آخر ما بينه) [1].

ومن هذا العرض لكلمات الأعلام (رحمهم الله) تبين لنا، أنهم لم يدعوا الحاكم الشرعي في مجنب عن قضايا الناس ومشاكلهم وحل خصوماتهم فصاحب الجواهر(رحمه الله) كما تبين لنا من كلماته السابقة، أنه يسوغ تدخل الحاكم الشرعي ويرى أنه من السياسات لحفظ ربط المجتمع وعدم اختلال الوحدة الاجتماعية.

ويؤيد ما ذهب إليه من تدخل الحاكم الشرعي لإيجار ما كانت قسمته ممتنعة ما ورد عن الشهيد الأول(رحمه الله) في الدروس، وقد عرفته.

أما القاضي ابن البراج(رحمه الله)، فقد صرح بأن للحاكم الشرعي بيع ذلك المتنازع عليه.

أما العلاّمة الحلي(رحمه الله)، فقد مرّ عليك أنه يخول الحاكم الشرعي هذه السلطة فيما لو اتفق الطرفان على اتلاف المال وحيث كانت للحاكم الشرعي سلطة حل الخصومات والإيجار والمنع من التلف وغير ذلك فلابد والحالة هذه من توسعة سلطاته إلى البيع القهري في الأشياء التي لا يمكن قسمتها، إذ لو لم نفسح للحاكم الشرعي هذا المجال للزم الهرج والمرج من جانب الشركاء المرغوب عنه من جانب

---

(١) ملا علي كني: كتاب القضاء/ ٤٣.

الشارع المقدس، ولا أقل من أن يكون تدخل الحاكم الشرعي وفرض سيطرته عليهم من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حال في هذه الجهة كبقية الناس الذين يأمنون الضرر في تدخلهم.

وفي الوقت نفسه، يمكن تخريج هذه المسألة على اعتبار تدخل الحاكم الشرعي فيما بين الشركاء من صغريات شؤون القضاء وتوابعه ولوازمه فتكون له السلطة على بيع ما تنازعوا عليه لا من باب الولاية العامة للفقيه ويكون البيع المذكور من لوازم السلطة التي تمنح للقاضي التصدي لأمور المسلمين وشؤونهم ويكون دخول الحاكم الشرعي فيما بين الشركاء وأمره بالتبايع عند امتناع بعضهم من البيع وفرض حصول المحذور الاجتماعي من باب أنه ولي الممتنع، ولا يفرق الحال بين أن يكون الحاكم الشرعي هو المباشر أو وكيله، أو أنه يأذن لطالب البيع بأن يتوصل إلى ذلك بواسطة الحكومة الزمنية.

ولا ندري لماذا يظنون على الحاكم الشرعي بتخويله هذه الصلاحية من فتح باب البيع القهري أمامه مع أنهم فتحوا أمامه باب الصلح القهري والذي يكون من موارده تنصيف العين المرددة بين شخصين.

موارد البيع الإجباري:

وها نحن نراهم يفتحون باب البيع الإجباري للحاكم الشرعي في موارد عديدة:

١ـ فيما لو لم يقم المولى بنفقة المملوك كالعبد والأمة والحيوان، فقد صرحوا هناك بإجبار المالك على البيع. قال المحقق الحلي (رحمه الله) في البحث عن النفقات: (تجب النفقة على ما يملكه الإنسان من رقيق وبهيمة ... ولو امتنع عن الانفاق أجبر على بيعه أو الانفاق) [1].

وحيث يصل إلى التكلم عن الحيوان لو لم يقم المالك بنفقته يقول (رحمه الله): (فإن

---

(١) المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ ٢، ٥٧٥.

امتنع أجبر على بيعها أو ذبحها)[١].

وبمثل ذلك صرح الشهيد الثاني وغيره من الفقهاء (رحمهم الله)[٢].

٢ـ طلاق الزوجة لو لم يقم الزوج بنفقتها فقد صرحوا بإجبار الزوج على الطلاق أو الانفاق[٣].

٣ـ مسألة اشتباه الثوبين، قال المحقق الحلي(رحمه الله) في كتاب الشرائع في بحث الصلح ما يلي: (ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين درهماً ثم اشتبها فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وان تعاسرا بيعاً وقسم ثمنهما بينهما فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة)[٤].

وقد شرح الشيخ صاحب الجواهر(رحمه الله) هذه العبارة بقوله: (قد أفتى المشهور فيها بذلك لخبر اسحاق بن عمار عن الصادق (عليه السلام) في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال (عليه السلام) يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن، قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين إختر أيهما شئت، قال قد أنصفه المنجبر بالشهرة مع احتمال صحة سندها...)[٥].

أما العلاّمة الحلي(رحمه الله) فقد صرح بذلك في كتاب الصلح فقال: (ولو اشتبه

---

(١) المحقق الحلي: مختصر النافع/ ١٩٦، كتاب النكاح، البحث عن النفقات في نفقة البهائم، الناشر: قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة ـ طهران.

(٢) لاحظ لذلك اللمعة الدمشقية: محمد بن جمال الدين مكي العاملي(الشهيد الأول)/ كتاب النكاح، البحث عن النفقات، في نفقة البهائم.

(٣) راجع في خصوص هذا المورد جميع المصادر الفقهية. ولدى المراجعة وإعادة النظر لم أجد علاقة لهذا الفرع بموارد البيع الاجباري، فالفرع يبحث عن طلاق الزوجة عند امتناع الزوج عن النفقة. ولربما كان ذكره من سهو القلم.

(٤) المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ ٢، ٣٦٨.

(٥) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٣٦، ٢٢٧، كتاب الصلح.

الثوبان بِيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما) [1].

إذن، فلم يقف الفقهاء مكتوفي الأيدي إزاء هذه القضية التي حصل فيها الاشتباه بين الشريكين في مورد التعاسر بينهما بل خولوا الحاكم الشرعي بالبيع وتقسيم مجموع المال إلى خمسة أخماس لأن نسبة رأس المال تقتضي ذلك إذ مجموع قيمة الثوبين تكون خمسين فتقسم إلى خمسة أخماس يأخذ صاحب الثلاثين ثلاثة، منها وصاحب العشرين اثنين، وليس المهم من ذلك كيفية التقسيم، بل المهم هو أن المال لا يبقى بينهما مشاعاً بل لابد من بيعه بعد أن عسر تصادقهما على التخيير. ويكون ذلك من صغريات مسألتنا، وهي (إزالة الشيوع).

ومثل ما تقدم، ما لو خلط وزنة من الحنطة ردية قيمتها عشرون بوزنة أخرى لغيره جيدة قيمتها ثلاثون فقد حدثت الإشاعة في البين، فقيل ببيع المجموع وتقسيم الثمن على نحو ما مر في الثوبين.

نقول:

لو اتفق الشريكان على قسمة العين الخارجية لم تكن القسمة بينهما على نحو المناصفة بل على نحو يكون لصاحب الردية خمسان ولصاحب الجيدة ثلاثة أخماس لأن الشركة في العين بعد هذا الخلط تكون بحسب المالية لا بحسب العين الخارجية. وقد عرفت أن الروايات عنهم (عليهم السلام) نصت على أخذ نسبة الأخماس في هذا النوع من الخلط والاشتباه فكما أن لصاحب الردية خمسين من الثمن فكذلك له خمسان من المثمن، وهو العين المختلطة، هذا إذا كانت القسمة ممكنة، وأما لو لم يتفق الشريكان على القسمة في العين الخارجية فلابد من بيع المجموع وتوزيع الثمن بينهما أخماساً على ما مر في الثوبين.

٤ـ ما ذكروه في قضية ما لو اشترى شخص بعيراً واشترك الآخر مع المشتري

---

(١) العلامة الحلي: تبصرة المتعلمين/ ١٥٦، مبحث الصلح، تقديم: الشيخ حسين الأعلمي، تحقيق: السيد أحمد الحسيني، الشيخ هادي اليوسفي، الناشر: انتشارات فقيه ـ طهران.

بالرأس والجلد. وتفصيل هذه المسألة ما جاء في كتاب الشرائع والجواهر في أوائل بيع الحيوان كما يلي: (لو باع واستثنى ... الرأس والجلد ... صح ولكن يكون شريكاً مع المشتري في الحيوان بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني عن الصادق (عليه السلام) قال: اختصم إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) رجلان اشترى أحدهما من الآخر بعيراً واستثنى البيع الرأس والجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه؟ فقال: للمشتري هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد. وما رواه الصدوق في المحكى عن العيون بسنده إلى الرضا عن آبائه عن الحسين بن علي (عليه السلام) أنه قال: اختصم إلى علي (عليه السلام) رجلان أحدهما باع الآخر بعيراً فاستثنى الرأس والجلد، ثم بدا له أن ينحره، قال: هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد، بناءاً على أن المراد البداية له في أن لا ينحره بقرينة الخبر السابق)[1].

ثم أن صاحب الجواهر (رحمه الله) أطال الكلام في هذه المسألة ونقل كلمات الأصحاب فيها ثم قال بعد ذلك: (وكذا لو اشترى اثنان أو جماعة حيواناً وشرط أحدهما لنفسه الرأس والجلد كان شريكاً بنسبة ماله لصحيح الغنوي عن الصادق (عليه السلام) في رجل شهد بعيراً مريضاً، وهو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم واشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد فقضى أن البعير بريء، فبلغ ثمنه ثمانية دنانير قال: لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ، فإن قال: أريد الرأس والجلد فليس له ذلك، هذا هو الضرر، وقد أعطى حقه إذا أعطى الخمس) [2].

ثم عقب صاحب الجواهر (رحمه الله) على ذلك بقوله: (قلت لا يخفى عدم الفرق في الحكم بين مورد الصحيح وغيره) [3].

وقد نبه شيخنا الأستاذ (دام ظله) على نقطة دقيقة هنا، وهي، إن فقهاءنا (رحمهم الله) وإن اختلفوا في شرح مفاد الخبر في المسألة الثانية في أن دفع الدرهمين هل هو من

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٢٤، ١٥٩.

(٢) المصدر المتقدم: ٢٤، ١٦٢.

(٣) المصدر المتقدم. ٢٤، ١٦٣.

قبيل شراء الرأس والجلد. أو أنه من قبيل الاشتراك في ثمن البعير مع اشتراط كون حصة صاحب الدرهمين هي الرأس والجلد إلى غير تلك الوجوه التي نقلها عنهم صاحب الجواهر (رحمه الله). إلاّ أن ذلك لا يخرج كون إصرار صاحب الدرهمين على أخذ الرأس والجلد من قبيل الإصرار الذي حكم الإمام (عليه السلام) بأنه مضار في ذلك فيكون ذلك موجباً لسقوط حقه المذكور، وأنه لو أعطى الخمس من قيمة البعير يكون ذلك إعطاء لحقه، وإن حولته قاعدة نفي الاضرار من عين الرأس والجلد إلى خمس قيمة البعير. وحينئذ، يكون ما تضمنه الخبر المذكور من الحكم الآنف الذكر مما يستأنس به لما نحن فيه من كون الركون إلى البيع وقسمة الثمن فيما نحن فيه دفعاً للضرر المتوجه إلى من طلب أخذ حقه من المال المشترك غير القابل للقسمة، ولا للمهاياة، وأن حديث نفي الضرر والضرار حاكم على حديث السلطنة القاضي بعدم نفوذ بيع حصص الشركاء بغير إذنهم كما سيأتي الاستدلال بحديث نفي الضرر لما نحن فيه.

الاستدلال بقاعدة نفي الضرر والضرار:

وأخيراً، أفاد شيخنا الأستاذ (دام ظله)، أنه بالإمكان أن يستدل لما نحن فيه من حصول التعاسر وعدم إمكان القسمة والمهاياة والإجارة بقاعدة نفي الضرر والضرار حيث ورد في موثقة زرارة عن الامام أبي جعفر (عليه السلام) (إن سمرة بن جندب كان له عذق في حائط [١] لرجل من الأنصار وكان منزل الأنصاري بباب البستان فكان سمرة يمر إلى نخلته ولا يستأذن فكلمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء فلما تأبى جاء الأنصاري إلى النبي (صلى الله عليه وآله) فشكا إليه وخبره الخبر فأرسل إليه رسول الله (صلى الله عليه وآله) بقول الأنصاري وما شكاه وقال: إذا أردت الدخول فاستأذن فأبى فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فأبى أن يبيعه، فقال لك بها عذق يمد لك في الجنة فأبى أن يقبل، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله) للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها إليه فإنه لا ضرر ولا ضرار) [٢].

---

(١) العذق: النخلة بحملها.

(٢) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٢٥، ٤٢٩، ح٣. كتاب احياء الموات، باب عدم جواز الإضرار بالمسلم.

وفي بعض الروايات (ما أراك يا سمرة إلاّ مضاراً) [1]. وطريق الاستدلال بهذه الرواية هو، أن نفي الضرار ليس إلاّ نفي الحكم مع تعمد من صاحبه والإصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم إلى الطرف الآخر ولأجل ذلك عقب (ﷺ) لا ضرر و لا ضرار.

وحينئذ، فيكون الإصرار من طرف بعض الشركاء على عدم البيع من قبيل الإصرار على إضرار الغير وعليه، فتكون سلطنته على ذلك منتفية بالحديث المذكور في نفي الضرر والإضرار [2].

---

(١) المصدر المتقدم: ٢٥، ٤٢٨.

(٢) ذكر شيخنا (دام ظله) حديث نفي الضرر والإضرار واستدل به في البحث عن حقوق الزوجية وآثارها الوضعية وتجد الحديث والاستدلال به مفصلاً في موضعه من هذا الكتاب.

الحقوق الزوجية وآثارها الوضعية

الرباط المقدس، حقوق الزوج، حقوق الزوجة، الآثار المترتبة على تخلف الزوجة، الآثار المترتبة على تخلف الزوج، حديث نفي الضرر والضرار، الفرق بين الضرر والضرار، الاستشهاد بسيرة السلف، مدى إمكانيات الحاكم الشرعي، لو كان الزوج مجهول المحل، طرق التبليغ الحديثة.

الرباط المقدس:

الزواج: رباط مقدس جعله الله بين الزوجين لتنتظم به الحياة البشرية، وهو في الوقت نفسه ميثاق وشركة بين طرفين، ولكل شركة مقررات والتزامات تفرضها طبيعة ذلك التعهد الخارجي، لذلك كان لزاماً على كل طرف أن يتقيد بما تقتضيه أصول هذا الميثاق، وتمليه عليه مقررات هذه الشركة الجديدة، فإن تم والتزم كل طرف بما فرض عليه فمعنى ذلك أنهما سينعمان بحياة سعيدة رغيدة، هانئة وخالية من المتاعب، وبعيدة عن الصعوبات.

أما الإخلال من أحد الجانبين بما يجب عليه فمعناه الإيذان بحياة شائكة معقدة يشوبها الصخب والضجيج وتحوطها المشاكل الاجتماعية.

والزواج، وإن كان بالنظرة الأولى ـ كما أسلفنا ـ علقة جديدة بين زوجين إلاّ أن نتائجه في جميع الأحوال لا تقتصر عليهما فحسب بل تتعداهما إلى حلقات أخرى كالبيت والأسرة والمجتمع، وما إلى ذلك.

لذلك كان من الواجب أن يحترم كل طرف ما تفرضه عليه حياته الجديدة من عهود لابد لكل من الطرفين الالتزام بها، وقد تعرض الفقهاء لحقوق الزوجين كل منهما إزاء صاحبه، وهي كما يلي:

حقوق الزوج:

وتكمن في الإطاعة من جانب الزوجة وعدم عصيانه في الأمور التي تتعلق به كما في:

١ـ الخروج من بيته بغير إذنه.

٢ـ التصدق بالأموال العائدة له وهبتها ونذرها.

٣ـ العبادات التي تمنعه من تحقيق رغبته الجنسية كالصوم تطوعاً، وما شاكل ذلك.

٤ـ أن تمنعه نفسها من الوطء وما يلحق به مما يعود إلى رغباته الجنسية.

أما حقوق الزوجة:

١ـ النفقة بما فيها الطعام والكساء بما يتفق وشؤون الزوجة.

٢ـ الوطء مرة واحدة في كل أربعة أشهر.

٣ـ المضاجعة ليلة في كل أربعة ليال.

٤ـ عدم المشاكسة معها بدون مبرر شرعي.

هذه هي أظهر الحقوق التي لابد لكل من الطرفين أن يتقيد بها إزاء شريكه، وقد ذكروا في المقام أموراً أخرى ترجع إلى هذه المذكورات فراجعها في أماكنها.

والآن، فإذا تخلف أحد الزوجين عن القيام بما يجب عليه تجاه صاحبه فهل هناك آثار وضعية تترتب على هذه المخالفة؟ وما هي؟

ويقع البحث ونحن في صدد الإجابة عن السؤال المتقدم في مرحلتين:

الأولى: في الآثار المترتبة المتصورة بالنسبة إلى تخلف الزوجة.

الثانية: في الآثار المترتبة المتصورة بالنسبة إلى تخلف الزوج.

أما الآثار المترتبة على تخلف الزوجة:

ولابد لنا، من فرض الزوج في هذه الصورة مؤدياً جميع الحقوق التي لزوجته عليه وفعلاً فقد حصل منه القيام بكامل حقوقها، فلو تخلفت عن أداء حقوقه المفروضة عليها فما للزوج حينئذ وما يصنع؟

وقد أفاد شيخنا الأستاذ (دام ظله)، في تحديد موقف الزوج من زوجته مع وجود هذا التمرد من جانبها.

بأن للزوج في هذه الصورة لو لم يرد الطلاق أن يهجرها ويضربها عملاً بمنطوق الآية الكريمة: **﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾**[1].

(١) سورة النساء: الآية، ٣٤.

ولسنا الآن في صدد بيان مقدار الضرب وصفته وهل أن الوعظ والهجران والضرب ترتيبي أو أنها جميعاً وسائل تأديبية بأيها شاء بدأ فإن هذا موكول إلى محله. ولسنا في صدد بحثه بهذه العجالة.

وأما الآثار المترتبة على تخلف الزوج يمكن حصر تلك الآثار في نقطتين:

الأولى: فسح المجال أمام الحاكم الشرعي لإجراء الطلاق.

الثانية: في مقابلته بسلب حقوقه عليها في قبال تخلفه عن حقوقها.

أما البحث عن النقطة الأولى:

فلابد لنا، قبل الدخول في صلب الموضوع وملاحظته من جميع أطرافه من بيان جهة لها صلتها بما نحن في صدد بيانه، وهي، أنا نريد من هذا البحث أن نرى هل للحاكم الشرعي صلاحية تولي إجراء الطلاق جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه؟ من غير فرق بين:

١ـ من لم ينفق على زوجته.

٢ـ أو من أصيب بعنن بعد الوطء ولو مرة واحدة.

٣ـ أو من ترك زوجته، ولم يباشرها، ولم يضاجعها مما ينطبق عليه عنوان الهجران فلا تقصير صادر منها. أو غير ذلك من الموارد التي يعسر معها بقاء الزوجة بدون زوج. وبعد بيان هذه الملاحظة نعود إلى شيخنا الأستاذ (دام ظله) ليعطي رأيه في هذه المسألة.

حيث يرى(دام ظله) التوسعة في صلاحيات الحاكم الشرعي، وشمولها لهذه السلطة وإجراء الطلاق جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه، وقد أفاد(دام ظله) في وجه ذلك مستدلاً عليه بالكتاب المجيد وبالسنة الشريفة.

أما الآيات الكريمة:

أولاً: ما جاء في قوله تعالى: **﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ الله فَإِنْ**

خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ * فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ * وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ (١).

ثانياً: ما جاء في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (٢).

والذي يظهر من هذه الآيات الكريمة هو، أنها في صدد بيان حكم كبروي وهو أن كل شخص بالنسبة إلى حياته الزوجية لابد له من سلوك أحد طريقين:

إما أن يقوم، بكامل حقوق الزوجة بما في ذلك النفقة والوطء والمضاجعة والمباشرة وما إلى ذلك مما يكفل حق المرأة من الوجهة الشرعية، وهو المعبر عنه بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾.

أو يقوم، بفك رباط الزوجية لتأخذ الزوجة طريقها في هذه الحياة فتختار من يقوم بشؤونها ويكفل لها حياة سعيدة بعد أن عجز الزوج عن القيام بذلك، ويكون إخلاء سبيل هذه الزوجة هو المعبر عنه بقوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.

ولا ثالث لهذين الأمرين بل الأمر دائر بينهما.

ويؤيد ما ندعيه، من استفادة هذا الحكم الكبروي ما جاء في نفس الآية الكريمة من قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ فإن هذه الفقرة من الآية الكريمة لعلها تكون مسوقة لتأكيد الحكم السابق، وهو الإمساك بالمعروف أو للتسريح بالاحسان وهو ما نبتغيه.

---

(١) سورة البقرة: الآية، ٢٢٩ ـ ٢٣١.

(٢) سورة الطلاق: الآية، ٢.

أو تكون مسوقة لبيان حكم جديد، وهو عدم مشروعية الإمساك الضراري والذي يكون موجباً لإلحاق الضرر بالزوجة بأي لون كان الضرر، سواء كان بتقصير ناشيء عن اختيار من الزوج كعدم قيامه بحقوقها الواجبة عليه مع فرض قدرته على أدائها، أو كان قهرياً عليه وبلا اختيار كالعنن الطاريء مثلاً بعد الوطء ولو مرة واحدة.

أو لعجز عن أداء النفقة والقيام بما تتطلبه حياته المعاشية.

ولا يضر بهذه التوسعة ما ورد في الآية الكريمة من قوله تعالى ﴿**لِتَعْتَدُوا**﴾ **بدعوى**، ظهورها في أن الغرض من الإمساك المنهى عنه إنما هو الإضرار الذي يكون من قبيل التعدي على الغير أو هو من قبيل التعدي عن الحقوق الشرعية. أما الإضرار الذي يكون من قبيل العنن، وما شاكله فإنه خارج عن ذلك لأنه من الأمور غير الاختيارية فلا يكون مشمولاً للنهي المذكور.

والجواب: إن التعليل المذكور كما يلائم الأمور الاختيارية كذلك يلائم غير الاختيارية فإن الإمساك للزوجة مع عدم قدرته على القيام بحقوقها ينطبق عليه أنه إضرار بها، وأنه تعدٍّ صريح على حقوقها المرتبة من قبل الشارع المقدس. ويتبين لنا، هذا المعنى بوضوح إذا لاحظنا ما أكدت به هذه الآيات الكريمة من تكرار كلمة الحدود فقد قال عز وجل في الآيات المتقدمة:

﴿**إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ الله**﴾.

﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ الله**﴾.

﴿**تِلْكَ حُدُودُ الله فَلاَ تَعْتَدُوهَا**﴾.

﴿**وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ الله**﴾.

﴿**وَتِلْكَ حُدُودُ الله يُبَيِّنُهَا**﴾.

فإن المراد من الحدود في هذه الموارد ليس هو الحدود والقوانين التكليفية الراجعة لكل شخص بحسبه كحرمة شرب الخمر، وما شاكل بل المراد منها القوانين المجعولة لكل من الزوجين حيث تدل كلها على اهتمام الشارع المقدس بالمحافظة على

تطبيق تلك الحدود لإنشاء حياة سعيدة بين الطرفين.

وقد يدعى، بأن التسريح بالاحسان هو ترك المرأة حتى تنقضي عدتها والإمساك هو الرجوع بها في العدة كما هو ظاهر قوله تعالى:

﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.

وقد ظهرت الدعوى صريحة في كلام صاحب الجواهر (رحمه الله) عند ذكره لاستدلال البعض على فسخ الحاكم فيما لو تجدد العجز عن النفقة بقوله تعالى: **﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾** وأجاب عنه، بالمنع من كون الامساك مع عدم التمكن من النفقة إمساكاً بغير المعروف، ثم قال:

(على أنه قد تقدم في تفسير الآية من النصوص ما ينافي ذلك) [١] ويشير بقوله (قد تقدم) إلى ما نقله في مسألة الطلاق الثالث من النصوص الدالة على أن المراد بالتسريح فيه هو الطلاق الثالث أو هو تركها حتى تنقضي عدتها.

وهنا دعوى ثانية: مفادها، أن هذه المقابلة بين التسريح والفراق إنما هي في موارد المطلقة مرتين كما هو ظاهر موثق الحسن بن فضال المروي عن الإمام الرضا(عليه السلام)، (إن الله عز وجل أذن في الطلاق مرتين فقال **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾** يعني في التطليقة الثالثة) [٢].

ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام)، (إن الله يقول: **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾** والتسريح بإحسان هي التطليقة الثالثة) [٣].

كل هذه الإدعاءات وغيرها، لا توجب اختصاص الآيات الكريمة في الموارد المذكورة. بل هي لبيان المورد. ومن الواضح، أن المورد لا يخصص الوارد والذي هو ما استفدناه من الحكم الكبروي حيث لابد للزوج من اختيار أحد المسلكين

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٣٠، ١٠٦.

(٢) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٢٢، ١٢١، ح٧.

(٣) المصدر المتقدم: ٢٢، ١٢٢، ح١٢.

المذكورين فإما القيام بشؤون الزوجية كاملاً أو التخلي وفك ذلك الرباط الزوجي المقدس. مضافاً، إلى أن الإمام الباقر (عليه السلام) طبق هذه الكبرى الكلية على مورد آخر لا علاقة له بالعدة ولا التطليقة الثانية وهو مورد الإيلاء فقد ورد عنه (عليه السلام) أنه قال: (المولي يوقف بعد الأربعة أشهر فإن شاء إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها) [1].

فإن هذا إيماء من الإمام (عليه السلام) إلى الآية الكريمة وتطبيق الحكم الكبروي فيها على حكم الإيلاء وأنه بعد الأربعة أشهر يجبر على اختيار أحد الأمرين إما الفئة وإما الطلاق. وقد جعل الإمام (عليه السلام) (الفئة) إمساكاً بالمعروف وجعل الطلاق تسريحاً بإحسان. وفي هذا التطبيق المذكور من الإمام (عليه السلام) خير شاهد على عدم اختصاص الآيات الشريفة بموارد العدة أو الإمساك بالرجعة بعد التطليقة الثانية والتسريح بعد الطلاق الثالث.

ومما يشهد بذلك أيضاً، ما رواه محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن داود بن الحصين بإسناده عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن (رجل قال لآخر أخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قلت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضاً، وهو لازم لي، ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه فلما رجع إليه أنكر ذلك كله قال: يغرم [2] لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذي ضيع حقها فلما إن لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها أن تتزوج ولا تحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلاّ أن يطلقها لأن الله تعالى يقول: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام قد أباح الله عز وجل لها أن تتزوج)[3].

---

(١) المصدر السابق: ٢٢، ٣٥١، ح٢.

(٢) أي الوكيل.

(٣) الشيخ الطوسي: تهذيب الأحكام/ ٦، ٢١٤، ح٣، كتاب الوكالة، تحقيق: السيد حسن الموسوي الخرسان، دار الكتب لإسلامية ـ طهران.

ومن هذه الرواية يظهر لنا، ما بيناه من أن الترديد بين الإمساك والتسريح حكم كبروي لا يختص بموارد المطلقة اثنتين، لأن الإمام (عليه السلام) طبق هذه الآية الكريمة على هذا الشخص مع أنه لم يصدر منه طلاق واحد فضلاً عن الإثنين بل كان كل ما في البين أنه أنكر وكالته لذلك الخاطب مع كونه في الواقع قد وكله لأن يخطب له وأنها زوجته بمقتضى ذلك التوكيل.

وعلى أي حال، مما سبق عرفت أننا استفدنا من الآيات الكريمة حكماً كبروياً وهو وجوب أحد الأمرين على الزوج ابتداءاً ولا يجوز له التخلف عن ذلك.

إلاّ أن ذلك لا يفتح لنا بمفرده باب إجراء الطلاق من قبل الحاكم الشرعي جبراً على الزوج.

لذلك يرى شيخنا الأستاذ (دام ظله)، أنه في هذا المورد الذي يتمادى الزوج في امتناعه من القيام بشؤون الزوجية أن يجبر الزوج أولاً، بأن يوقع الزوج الطلاق بنفسه، فإن امتنع أجرى الحاكم بنفسه الطلاق جبراً عليه لأن الحاكم الشرعي لا يقف مكتوف اليد في مثل هذه الموارد.

وقد سبق لشيخنا (دام ظله)، (أن حقق في بحث خاص) أن الحاكم الشرعي ولي الممتنع، لذلك كان عليه أن يجري الطلاق بنفسه. يضاف إليه، ما صرحت به صحيحة أبي بصير من قوله (عليه السلام):

(من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما) [1].

وأما السنة الشريفة:

الأخبار الواردة في المقام على أقسام عديدة:

القسم الأول: ما تطرق إلى التقصير بالنفقة وبيان ما يلزم على ذلك من الأحكام وهي:

---

(١) الحر العاملي: المصدر المتقدم/ ٢١، ٥٠٩، ح٢: الباب الأول من أبواب النفقة.

١ـ صحيح الفضيل بن يسار وربعي عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قوله تعالى:

﴿وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ﴾ قال: (إن من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه وإلاّ طلقها) [(١)].

٢ـ رواية ابن أبي عمير: (إذا كساها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه وإلاّ طلقها) [(٢)].

ومن هذين الخبرين يتبين لنا، أن تأخر الزوج عن النفقة يكون موجباً لفتح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي محافظة منه على حقوق الزوجة عند الإخلال بنفقتها.

ولكن هناك من يستدل لإخراج من كان معسراً عن شمول مثل هذا الطلاق الإجباري له وإختصاصه بما إذا كان متمكناً من الإنفاق بما ورد عن أمير المؤمنين(عليه السلام) حيث قال: (إن إمرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه، وقال: ان مع العسر يسرا) [(٣)].

وقد أجاب شيخنا الأستاذ (دام ظله)، عن هذا الاستدلال بأن الرواية المذكورة كما يظهر لمن لاحظها لم تكن في مقام طلبت الزوجة فيه من الإمام (عليه السلام) الطلاق من زوجها، وأن يجري ذلك جبراً عليه فأبى أمير المؤمنين (عليه السلام) عن ذلك، بل أنها جاءت تطلب الإنفاق منه، وكان زوجها معسراً فهي في الحقيقة دائن جاء إلى الحاكم الشرعي يطالب بدينه من غريمه مع أن الغريم معسر لا يتمكن من الوفاء، وبطبيعة الحال أن الغريم لو تمادى عن إيفاء ما بذمته فلابد من حبسه إذ لا طريق لإخراج الحق منه إلاّ بذلك، فكأن الزوجة جاءت إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) تطالب بحبس زوجها والتضييق عليه ونحو ذلك مما يلجئه بحسب اعتقادها إلى التكسب والانفاق عليها.

---

(١) المصدر المتقدم..

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر المتقدم: ١٨، ٤١٨، ح٢..

ولذلك فرّع الرواي عليه بقوله (فأبى أن يحبسه) بالفاء، وقال (ان مع العسر يسراً) فهي لم تطلب من الإمام (عليه السلام) الطلاق بل طلبت إخضاع الزوج بأي صورة كانت للإنفاق عليها.

وقد يعترض، بأنه أما كان اللازم على الإمام (عليه السلام) أن يعلمها بأن لك في مثل هذه الحالة أن تطلبي الطلاق منه؟ فلو كان المقام من صغريات باب الطلاق الإجباري لكان على الإمام أن يعلمها بذلك.

ويجاب عن هذا الاعتراض، بأنه ليس من الوجوب والإلزام على الإمام أن يتصدى لإعلامها بما لها من الحقوق.

مضافاً، إلى إمكان استظهاره (عليه السلام) بأنها لا تطلب الطلاق وأنها راضية ببقاء الزوجية إلاّ أنها جاءت تطلب منه حبسه ليكون ذلك داعياً إلى تكسيه وحثه وراء العمل والإنفاق من جراء ذلك عليها.

وعلى هذا، فيكون مجرد عدم الإنفاق والإصرار عليه موجباً لفتح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي من غير نظر إلى حالة الزوج، وأنه موسر أو معسر.

القسم الثاني: ما تعرض لحكم المولى، والمظاهر، فالأول، هو الذي يحلف بعدم مقاربة زوجته فيقول (والله لا أقارب زوجتي) مأخوذاً من الإلية حيث يقال فلان آلي أي حلف. والثاني، هو الذي يقول لزوجته (أنت عليَّ كظهر أمي).

والأخبار في هذين الموردين كثيرة وفي كليهما نجد الصراحة في دوران الأمر بين الكفارة أو الطلاق، إلاّ أنها في الظهار بعد مرور ثلاثة أشهر، وفي الإيلاء بعد أربعة أشهر.

أخبار الإيلاء:

١ـ ما تضمن قوله (عليه السلام): (وإن لم يفيء أجبر على أن يطلق).

٢ـ ما تضمن قوله (عليه السلام): (وينبغي للإمام أن يجبر على أن يفيء أو يطلق).

٣ـ ما تضمن قوله (عليه السلام): (كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يجعل له حظيرة من قصب ويجعله فيها ويمنعه عن الطعام والشراء حتى يطلق).

٤ـ قوله (عليه السلام): (إذا أبى المولى أن يطلق جعل له حظيرة من قصب وأعطاه ربع قوته حتى يطلق).

٥ـ ما جاء في قوله (عليه السلام): (إن فاء ـ وهو إن راجع إلى الجماع ـ وإلاّ حبس في حظيرة من قصب وشدد عليه في المأكل والمشرب حتى يطلق).

٦ـ ما جاء في بعض الروايات من أنه (عليه السلام) قال: (إن كان بعد الأربعة أشهر فإن أبى فرق بينهما الإمام).

٧ـ ما روي من أنه (عليه السلام) قال: (متى أمره إمام المسلمين بالطلاق فامتنع ضرب عنقه لامتناعه على إمام المسلمين) [1].

٨ـ وقد ورد في بعضها السؤال عن رجل آلى من امرأته: (متى يفرق بينهما؟ قال: إذا مضت أربعة أشهر ووقف. قلت له: من يوقفه؟ قال: الإمام، قلت: فإن لم يوقفه عشر سنين قال: هي امرأته) [2].

ويظهر ما ندعيه، من أن للإمام إيقاع الطلاق جبراً واضحاً من الخبرين السادس والثامن حيث يقول الإمام (عليه السلام) فيها: (فإن أبى فرق بينهما) وقول السائل: (متى يفرق بينهما).

وقد يعترض: بأن بقية الأخبار لم يظهر منها ذلك بل غاية ما في البين أنها ذكرت ما يلزم اتخاذه معه حتى يطلق.

وقد أجاب شيخنا الأستاذ (دام ظله)، عن هذا الاعتراض بأن الفقيه يستنبط من هذه التشديدات ومن ذلك التصريح في الخبرين المذكورين.

---

(١) لاحظ لكل هذه الأخبار الحر العاملي: وسائل الشيعة، ح١، وح٢، وح٣، وح٤، وح٥.

(٢) المصدر المتقدم: ٢٢، ٣٤٨، ح٤.

أنه لابد للحاكم الشرعي هذه السلطة محافظة منه على الحق الزوجي بدرجة أننا نرى أحد الأخبار السابقة يصرح بأنه لو امتنع الزوج من الطلاق ضرب عنقه.[١].

وقد يعترض ثانياً: بأن هذه الأخبار المذكورة إنما هي في مورد الإيلاء وهو مورد خاص يتضمن فتح باب الطلاق على من حلف بأن لا يواقع زوجته ونحن نريد تسرية ذلك الحكم إلى بقية الموارد والتي منها يكون الزوج متعنداً وتاركاً لزوجته من دون تقصير صادر منها. وقد رد شيخنا (دام ظله).

أولاً: هذا الاعتراض بأننا نتعدى من مورد الإيلاء إلى غيره بقرينة ما في الأخبار المذكورة من أن الإمام (عليه السلام) في صدد بيان الحكم الكبروي وهو المحافظة الشديدة على حقوق كل من الزوجين توخياً من وراء ذلك المحافظة على المصلحتين العامة والخاصة هذا.

وثانياً: أن المورد لا يكون مخصصاً للوارد فلا يلزم الاختصاص من هذه الأخبار السالفة الذكر كما هو واضح.

ومثل أخبار الايلاء أخبار الظهار، فراجع الوافي وغيره من كتب الأخبار ولا داعي للإطالة.

القسم الثالث: ما تعرض لحكم من ترك وطء زوجته لأكثر من أربعة أشهر وفيها تصريح بأن للزوجة الاستعداد على زوجها، إما أن يقوم بالواجب أو يطلق ومن هذا القسم:

١ـ (إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه فإما أن يفيء وإما أن يطلق فإن تركها من غير مغاضبة أو يمين فليس بمولى)[٢].

وقد استثنى الفاضل الهندي(رحمه الله) في كشف اللثام، من عدم الجواز المذكور لترك

---

(١) راجع لذلك الخبر السابع.

(٢) المصدر السابق: ٢٢، ٣٤٨، ح١.

وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر ثلاثة: وهم المسافر والعاجز والمعذور.

ووافقه الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله) في العاجز وناقشه في المسافر ولكنه تأمل أخيراً من جهة السيرة.

ولكن شيخنا الأستاذ (دام ظله)، ناقش الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله) في هذا التأمل المذكور، بأن السيرة إنما تجري حيث أن الغالب هو رضا الزوجة أما مع مطالبتها فلم يعلم جريان السيرة عليه كما هو واضح.

وقد علق في الوافي على الخبر المتقدم بقوله: (بيان، إستعدت: استعانت واستنصرت، فإما أن يفيء، وإما أن يطلق: يعني يجبر على أحد الأمرين لأن حكمه حكم المولى في ذلك، وإن لم يجب عليه الكفارة بخلاف ما إذا تركها من غير مغاضبة، ولا يمين فإنه ليس بمولى) [١].

والجماعة جروا على ذلك فقال الشيخ في الجواهر في رد الاستدلال بالخبر المذكور لوجوب الوطء لأكثر من أربعة اشهر ما يلي: (وإن كان فيه أنه ظاهر في إلحاق المغاضبة بالإيلاء وهو غير ما نحن فيه) [٢]. فحملوا الترك مع المغاضبة على الإيلاء في الحكم، وهو الاستعداد وإجبار الحاكم له على أحد الأمرين وإن لم تكن عليه كفارة لعدم اليمين، ولكن لا إشكال عندهم في أنه لا يجوز تركها أكثر من أربعة أشهر، وإن لم يكن عن مغاضبة بل كان تشهياً منه لانشغاله عن زوجته حاضراً كان أو مسافراً، وفي الحقيقة، أن الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله)، وإن ناقش في الخبر من جهة دلالته إلاّ أنه ملتزم بحرمة ترك الوطء في الأربعة استناداً إلى الخبر الآخر، وإلى الإجماع المدعي في المقام وعبّر عن القول بجواز الترك في غير الشابة (بأنه لا يستأهل أن يسطر).

وحينئذ، فهل للزوجة الاستعداء، أو أنه ليس لها ذلك؟

---

(١) الفيض الكاشاني: الوافي: باب حق المرأة على زوجها، ١٢، ١١٩، طبعة ايران.

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٢٩، ١١٦، كتاب النكاح، مسألة ترك الوطء لأكثر من أربعة اشهر.

لا سبيل إلى الثاني.

وعليه، فما يكون تكليف الحاكم الشرعي لو استعدت عنده المرأة؟ فهل هو مجرد قوله للزوج (باشر زوجتك)؟ وإن لم يطع ـ سيما فيما إذا لم يتمكن من حبسه والتنكيل به والتضييق عليه ـ أو أنه لابد له من إجباره على اختيار أحد الأمرين، ويكون الأمر بالأخير راجعاً إلى أن الحاكم بحسب ولايته على فصل الخصومات يجري عليه حكم المولى، وأن لم يكن مولياً ولا مغاضباً.

وقد عقب أخيراً شيخنا الأستاذ على ما تقدم بأنه، بإمكاننا القول بأن المغاضبة لا تتوقف على إظهارها من الزوج للزوجة بل يكفي فيها مجرد الترك أي ترك وطئها مع طلبها ذلك منه فإنه يكون بتركه لها مع طلبها مغاضباً لها، والرواية ناظرة إلى الترك العادي المجرد عن كل شيء سوى الترك.

ولكن قد يستدل على عدم فتح باب الطلاق الإجباري في غير النفقة، وما هو منصوص عليه بالروايات الآتية:

١ـ صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن المفقود، قال: (المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي، أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها فإن لم يجد له أثراً أمر الوالي وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهي امرأته، قلت: فإنها تقول: فإني أريد ما تريد النساء، قال: ليس لها ذلك ولا كرامة، فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره بأن يطلقها)[1].

٢ـ خبر أبي الصباح عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن المفقود قال (عليه السلام): (في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين، ولم ينفق عليها، ولم تدر أحي هو أم ميت، أيجبر وليه على أن يطلقها؟ قال: نعم، وان لم يكن لها ولي طلقها السلطان، قلت: فإن قال الولي أنا أنفق عليها، قال: فلا يجبر على طلاقها، قلت: أرأيت إن قالت أنا أريد مثل ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا، قال: ليس لها ذلك ولا كرامة إذا أنفق عليها)[2].

---

(١) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٢٢، ١٥٨، الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق.

(٢) المصدر المتقدم: ٢٢، ١٥٨، ح٥، الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق.

٣ـ خبر يزيد بن معاوية عن أبي عبد الله (عليه السلام): عن المفقود كيف يصنع بامرأته ... دعا ولي الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان للمفقود مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته، وإن لم يكن له مال قيل للولي أنفق عليها فإن فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها) [1].

وخبر يزيد وإن لم يكن كالخبرين الأولين في الصراحة على عدم الاعتناء بما تريده من الطلاق لأنها لا تقعد كما هي، إلاّ أن قوله (عليه السلام) (فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها) يعطي ذلك بعموم قوله لا سبيل لها أن تتزوج ما دام الإنفاق حاصلاً لها، وإن كانت تريد ما تريده النساء.

والخلاصة، إن من مجموع هذه الأخبار الثلاثة نستفيد **ما أدعيناه** من أنه لا مجال لفتح باب الطلاق الإجباري في غير موارد النفقة وما هو منصوص عليه.

وقد رد شيخنا الأستاذ (دام ظله) هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: إن هذه الأخبار غير ناظرة إلى الصورة التي يجري عليها المتعندون من هجر الزوجة وتركها لا لتقصير صادر منها بل هي ناظرة إلى صورة ما لو كان الزوج مسافراً وقد انقطعت أخباره.

الثاني: إنا نقول، أن الإجبار على الطلاق وإن لم يكن من حقوقها إلاّ أنه من حقوق الحاكم الشرعي الذي يكون ملزماً بسد الخلل في الانتظام. وفي الحقيقة، هو من حقوق النوع البشري، ومن البيّن أن الحاكم الشرعي هو ولي النوع كما حقق في محله.

وقد أفاد شيخنا (دام ظله)، بأنا لو أغضينا النظر عن هذين الجوابين فلابد لنا من طرح هذه الأخبار المذكورة المانعة من الطلاق نظراً لما ورد في أخبار عدم جواز ترك الوطء لأكثر من أربعة أشهر. وكذا ما ورد في أخبار الإيلاء والظهار مما يستنبط منه أنه لابد للحاكم الشرعي أن يحافظ على الحقوق الشرعية وعدم فسح المجال لكل من

---

(١) المصدر المتقدم: ٢٢، ١٥٧، ح١، الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق.

الزوجين في التقصير بحقوق الطرف الآخر، لأن ملاحظة تلك الأخبار تعطينا صورة واضحة عن مدى اهتمام الشارع المقدس بذلك وأنه لا يرضى بالتسامح فيه، وقد رأينا ما في بعضها من العقاب الصارم لو لم يطلق بحيث يكون أمر الزوج دائراً بين اثنين لا ثالث لهما.

فإما أن يفيء وحينئذ، فيجد الله تواباً رحيماً، أو يطلق وعليه، فإن الله سميع عليم.

بهذا المضمون صرحت الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ الله غَفُورٌ رَحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ الله سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (١).

وقد عرفت، من بعض الأخبار السابقة أن التشديد يصل إلى درجة يجوّز الإمام فيه ضرب عنق ذلك الرجل كما عن خلف بن حماد رفعه إلى الإمام الصادق (عليه السلام) في المولى: (فإما أن يفيء أو يطلق فإن فعل وإلاّ ضرب عنقه) (٢). وبالأخير ما تضمنته بقية الأخبار من أن الإمام (عليه السلام) يطلق عنه، ولعل ضرب الرقبة في خصوص ما لو أمره الإمام (عليه السلام) بالطلاق فعصى كما في المرسلة المتقدمة.

وعلى هذا، فيدور الأمر بين تخييره بالمباشرة والطلاق بعد الأربعة أشهر، ولا يقتصر على مولى وغيره بل يعم كل تارك، وحينئذ، فيمكننا تصحيح ضرب الأجل للغائب فإن حضر فهو وإلاّ كان علينا أن نطلقها منه قهراً عليه شريطة أن يكون الطلب من الزوجة حاصلاً لإجراء الطلاق منه، وأنها لا تبقى على هذه الحالة.

ولابد للرجل من كونه على طبق ما تشير إليه الآية الكريمة من الأربعة أشهر.

مبدأ الأربعة أشهر:

وهذا محل خلاف بينهم، فهل هو بعد رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي حيث دلت

---

(١) سورة البقرة: الآية، ٢٢٦ و ٢٢٧.

(٢) الفيض الكاشاني: الوافي/ ١٤١، باب الايلاء.

عليه جملة من الأخبار؟ أو أنه من حين إيلائه كما هو ظاهر الآية الكريمة، إذا كان في البين إيلاء؟ أو أنه من حين تركه الوطء، وإن لم يكن في البين إيلاء أو ظهار؟

ربما قيل بالأول وهو البدء بالأربعة أشهر من حين رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي من باب السير الحكيم والمسامحة مع الزوج إذ لعل سكوتها قبل رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي كافٍ في إمضاء ترك الوطء طوال المدة السابقة ولكن شيخنا الأستاذ (دام ظله) دام ظله استظهر الوجه الثاني.

حديث نفي الضرر والضرار:

مما تقدم عرفت، الأدلة من الآيات والروايات على القول بانفتاح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي.

ومما يؤيد ذلك، ما استدل به للموضوع نفسه من حديث (نفي الضرر والضرار) كما جاء عن زرارة عن أبي جعفر الباقر (عليه السلام) قال: (إن سمرة بن جندب كان له عذق، وكان طريقه إليه في جوف منزل رجل من الانصار فكان يجيء ويدخل إلى عذقه بغير إذن من الأنصاري فقال له الأنصاري: يا سمرة لا تزال تفاجئنا على حال لا نحب أن تفاجئنا عليها، فإذا دخلت فاستأذن. فقال: لا استأذن في طريق، وهو طريق إلى عذقي. قال: فشكاه الانصاري إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فأرسل إليه رسول الله(صلى الله عليه وآله) فأتاه فقال: ان فلاناً قد شكاك، وزعم أنك تمر عليه وعلى أهله بغير إذنه، فاستأذن عليه إذا أردت أن تدخل، فقال: يا رسول الله استأذن في طريقي إلى عذقي؟ فقال له رسول الله(صلى الله عليه وآله) خل عنه ولك مكانه عذق في مكان كذا وكذا، فقال: لا، قال: فلك اثنان، قال: لا أريد، فلم يزل يزيده حتى بلغ عشرة أعذاق، فقال: لا، قال: فلك عشرة في مكان كذا وكذا فأبى، فقال: خل عنه ولك مكانه عذق في الجنة، قال: لا أريد، فقال له رسول الله (صلى الله عليه وآله) إنك رجل مضار ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن، ثم أمر بها رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقلعت ثم رمى بها إليه، وقال له رسول الله(صلى الله عليه وآله): انطلق واغرسها حيث شئت)[1].

---

(١) الشيخ الكليني: الكافي/ ٥، ٢٩٤، باب الضرار.

والروايات الواردة في (لا ضرر) كثيرة وفي موارد متعـددة، وتتجـسم كاملـة في قضية سمرة وفي أغلبها يكون التصريح عنهم (عليهم السلام) بلفظ ـ لا ضرر ولا ضرارـ ولا مجال للتعرض لجميعها، بل نكتفي بالحديث المتقدم الوارد عن زرارة في قضية سمرة، وقبل التطرق إلى الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن في صدد إثباته لابد لنـا، مـن بيان لمحة عن الحديث المـذكور والمـراد مـن النفـي المتوجـه عـلى كـل مـن ـ الـضرر والضرار ـ .

ما هو الضرر والضرار:

الضرر: مصدر (ضر) وهو النقص في الحال، أو النفس، أو العـرض كـما تـنص عليه كتب اللغة.

الضرار: مصدر ضار، وهو إيصال الضرر من كل طرف إلى الآخـر لكونـه مـن باب المفاعلة. والمفاعلة قاضية بالمشاركة من الطرفين نظير المضاربة والمقاتلـة. وبنـاء على اعتبار كون الضرار من باب المفاعلة، كيف يتم توجيه الضرار في قضية سمرة مع الأنصاري؟ فإن إيصال الضرر كان صادراً من جهة واحدة، وهو سمرة حيـث كـان يريد الضرر بصاحبه في الدخول عليه بلا استئذان.

وفي مقام الجواب عن ذلك نقول:

إنه ربما وردت صيغة المفاعلة على خلاف ما يقتضيه وضعها مـن المـشاركة مـن الطرفين كما في مثل، سافر وهاجر،بمعنى سفر وهجـر. ويـتم بـذلك توجيـه قـضية سمرة بعدما صار استعمال صيغة المفاعلة فيه مجـازاً، وطبيعـي أن الالتجـاء إلى ذلـك يفقدنا روعة المعنى الحقيقي، وهو المشاركة من الطرفين، ولم يحصل لنا ذلـك المعنـى الذي تفيده صيغ المفاعلة. وللمحافظة على المعنى الحقيقي في هذه القضية يمكننـا أن نعتبر القضية المذكورة في مسألة سمرة أيضاً مما حصلت فيها المشاركة مـن الطـرفين. والمحافظة على هذا المعنى الحقيقي يستدعينا إعمال عناية في البين، ليطلق عـلى سـمرة عنوان المضار، وتلك العناية هي، أن إصرار سمرة على الإضرار بالأنصاري مع أنه لم يشترك معه في إيصال الضرر إليه يجعل الأنصاري في نظر سمرة كأنه يقابلـه بالـضرر

حيث يمنعه من الدخول إلى نخلته فيكون إيصال الضرر من سمرة مكافأة منه بإيصال الضرر إليه في قبال ذلك الضرر الذي يتخيل سمرة حصوله من الأنصاري. كل ذلك، بعد امتناع سمرة عما أمره النبي (ﷺ) أولاً من الاستئذان من الأنصاري بدخوله عليه، فكان مصراً على الإضرار وكان إصراراه على الإضرار مصححاً لاستعمال المضارة في حقه باعتبار هذه العناية المذكورة.

المراد من النفي في الحديث:

من الواضح أن جملة (لا ضرر ولا ضرار) الواردة في كلامه (ﷺ) قد اشتملت على فقرتين (الضرر والضرار) وقد دخل النفي عليهما معاً، **فما هو المراد به؟**

أما نفي الضرر، فمن البين أن النفي الوارد على الطبيعة، **تارة**: يكون نفياً حقيقياً، **وثانية**: يكون نفياً تنزيلياً.

ويمثل للأول، بقولنا: (لا رجل في الدار).

أما الثاني: فلابد لتصحيح التنزيل فيه من اعتبار جهة يكون التنزيل بواسطتها معتبراً، وهذه الجهة تختلف.

١ـ قد يكون نفي الصحة مصححاً، وهذا كما في قوله (عليه السلام) (لا صيام لمن لم يبيّت الصيام من الليل).

٢ـ أو تكون نفياً للكمال وذلك كما في قوله (عليه السلام) (لا صلاة لجار المسجد إلاّ في المسجد).

٣ـ أو تكون الجهة المصححة هي نفي الحكم، وسيتضح مثالها عند التعرض لرأي صاحب الكفاية(رحمه الله).

٤ـ أو تكون الجهة هي التحريم كما في مثل نفي الضرار، وسيأتي مزيد توضيح لذلك إن شاء الله تعالى.

وقد ذهب صاحب الكفاية(رحمه الله)، إلى اعتبار النفي المتوجه على الضرر في الحديث الشريف إنما هو من النفي التنزيلي، والمنفي فيها هو الحكم لكنه بلسان نفي

الموضوع، بمعنى، أن النفي يكون مسلطاً على الفعل الخارجي الذي يوقع في الضرر، ولنفرض ذلك الفعل الخارجي هو الوضوء بالنسبة إلى المريض الذي يضره استعمال الماء، ويكون معنى نفيه هو نفي حكمه، وعلى هذا فيكون هذا النوع من النفي من قبيل نفي الحكم بلسان نفي الموضوع.

والرد على هذا المسلك يكون من وجوه:

أولاً: إن كون المراد من الضرر هو الموضوع الضرري على ما يقوله صاحب الكفاية (رحمه الله) يستلزم أن لا يكون النفي في هذه الفقرة نفياً حقيقياً بل يكون نفياً تنزيلياً باعتبار نفي ذلك الموضوع ومع إمكان إعتبار النفي نفياً حقيقة ـ كما سنبينه ـ فلا مجال لاعتبار النفي نفياً تنزيلياً تصححه جهة من الجهات.

وثانياً: إنه(رحمه الله) قد نفى الموضوع بنفيه لحكمه فصار نفي الحكم عنده مصححاً لنفي الموضوع، ولا يمكن الأخذ باطلاق هذا، لأن الحكم الذي يكون مصححاً لنفي الموضوع هو الحكم الذي يكون انعدامه موجباً لانعدام الموضوع تنزيلاً كما في مثل الوجوب بالنسبة إلى الوضوء فإن نفيه يمكن أن يقال بكونه مصححاً لنفي الموضوع بخلاف ما لو كان الحكم هو الحرمة مثلاً، فإن نفي حرمة الشيء لا تكون مصححة لنفي ذلك الشيء، بل هي على العكس تكون موجبة لفتح باب وجوده لا أنها توجب انعدامه.

ويختار شيخنا الأستاذ (دام ظله)، بأن النفي المتوجه على الضرر في هذه الفقرة هو النفي الحقيقي لا التنزيلي. إذ الوجوب في مفروض المثال المتقدم، لما كان باعثاً للمكلف على الوضوء فيكون الضرر معلولاً للوضوء، والوضوء "في نفس الوقت" معلول للوجوب الوارد عليه، فيكون الوجوب علة للضرر ويكون الضرر مسبباً توليدياً عنه، فيصح أن نعبر عن الوجوب بعنوانه الثانوي الذي هو المسبب التوليدي عنه، وهو الضرر، فيكون الضرر عبارة عن نفس الحكم الموقع في الضرر. وبهذا يكون النفي نفياً للحكم ابتداءاً.

وأما نفي الضرار، فإن النفي فيه تنزيلي والجهة المصححة لهذا التنزيل هي كونه

كناية عن التحريم ونظير ذلك ما ورد في الآية الكريمة: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلاَ رَفَثَ وَلاَ فُسُوقَ وَلاَ جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾[1].

فإن الشيء لو كان محرماً كانت حرمته موجبة لصحة انتفائه ليكون كناية عن نفي مشروعيته على حذو قوله: (لا رهبانية في الإسلام).

الفرق بين الضرر والضرار:

وبناءاً على ما تقدم يكون حاصل الفرق بين الضرر والضرار:

هو **أن الضرر**، مسوق لنفي الحكم الموجب للضرر، وإن لم يكن ذلك مقروناً بتقصد وإصرار من صاحب ذلك الحكم.

وأما الضرار، فإنه مسوق لنفي الحكم، مع تعمد من صاحبه والإصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم إلى الطرف الآخر، ولأجل ذلك عقب (ﷺ) فقال: (لا ضرر بلا ضرار)، وهذا من قبيل الانتقال من الأدنى إلى الأعلى كما يشهد به قوله(ﷺ) قبل ذلك بعد إسداء النصح لسمرة (إنك رجل مضار) وإليه الإشارة في قوله تعالى:

﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾[2]. وفي قضية سمرة وما تضمنته الرواية الشريفة من الأمر بقلع النخلة والقائها فإنه (ﷺ) لم يأمر بالقلع، إلاّ بعد أن حكم على سمرة بالاستئذان عند إرادة الدخول، وامتنع سمرة من الرضوخ لذلك الحكم الشريف، وحينئذ فيكون استحقاقه لبقاء نخلته (ضراراً) لكونه سبباً لإصرار سمرة على الضرر فيكون منتفياً. إذن، ففي المرتبة الأولى كان جواز الدخول لسمرة بلا استئذان سبباً للضرر فيكون منتفياً (بلا ضرر) وتكون نتيجة ذلك لزوم الاستئذان، وحيث لم يقبل سمرة بذلك الحكم فقد انتقل المورد من الضرر إلى الضرار، وصار استحقاق بقاء النخلة موجباً للضرار لذلك نفاه (ﷺ)، وكانت نتيجة ذلك هو جواز

---

(١) سورة البقرة: الآية، ١٩٧.

(٢) سورة البقرة: الآية، ٢٣١.

قلع النخلة. إذ لا يمكن نفيه إلاّ بهذا الطريق حيث أن ذلك الضرار وإن أمكن نفيه بإقامة شخص يمنع سمرة من الدخول بلا استئذان إلاّ أن ذلك لما لم يكن متيسراً له في ذلك العصر فقد انحصر رفع ذلك الضرر الناشيء عن إصراره على الدخول بلا استئذان برفع ذلك الإضرار وهو استحقاقه لبقاء نخلته فنفاه (ﷺ) بنفي الضرار الذي يكون متولداً عنه.

الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فيه:

وينحصر الاستدلال بهذا الحديث الشريف **بأحد وجهين:**

الأول: اجراؤه في لزوم النكاح فتكون النتيجة هي ثبوت خيار الفسخ للزوجة.

الثاني: الاستدلال به لإثبات الإجبار على الطلاق.

أما الوجه الأول ـ فيقال في تصويره:

إن لزوم النكاح على الزوجة، وعدم الاخلال من جانبها بحقوق الزوج في حال كون الزوج غير قادر على القيام بحقوقها يكون ضرراً منفياً بالحديث المذكور. وحينئذ، فيكون للزوجة فسخ النكاح. ونظير هذا ما ذهبوا إليه في مسألة عدم لزوم البيع على المغبون والاستدلال له بحديث نفي الضرر.

وبهذا ينتج لنا، إمكان الفسخ من جانب الزوجة، حيث يخل الزوج بحقوقها، لأن الإخلال بالحقوق التي لها عليه (ضرر) وهو منفي بالحديث الشريف.

وقد يعترض على هذا الوجه من الاستدلال، بأن إعطاء صلاحية الفسخ بيد الزوجة فتح لباب الخيار، وثبوته في عقد النكاح، مع أن الإجماع قائم على عدم دخول الخيار في عقد النكاح إلاّ من الطرق الخاصة المنصوص عليها في عيوب الرجل والمرأة.

وقد تعرض الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله) لهذا المعنى، حيث تطرق إلى الاستدلال على عدم صحة اشتراط الخيار في النكاح، معللاً إياه بأن فيه شائبة العبادة التي لا يدخلها الخيار (**إلى أن قال**) (بل في قوله (عليه السلام) في خبر أبان "كان تزويج

مقام" إشعار به كقوله (عليه السلام) في غيره "تزويج البتة"، ونحو ذلك. بل لعل منافاته لعقد النكاح من ضروريات الفقة)[١]. وحيث يصل المحقق الحلي(رحمه الله) في شرائعه إلى المسألة الثانية عشرة من المسائل التي ذكرها في باب المهور يقول الشيخ صاحب الجواهر(رحمه الله) في الاستدلال على بطلان شرط الفسخ لمعلومية الخيار والحصر فسخه بغيره، (ولذا لا تجري فيه الإقالة بخلاف غيره من عقود المعاوضات)[٢].

وعلى أي حال فهل يثبت للزوجة الفسخ في النكاح بعد حصول الضرر أو لا؟

ويجيب شيخنا (دام ظله)، لقد سبق أن بينا في دروس سابقة عدم قابلية النكاح للخيار المجعول ابتداءاً أو الناشيء عن تخلف الشرط المصرح بها في العقد أو التي تكون ضمنية. وهناك ذكرنا، أن لزوم النكاح حكمي، لا أنه مجعول للمتعاقدين ومع قطع النظر عن ذلك، **نقول**[٣]:

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٢٩، ١٤٩.

(٢) المصدر المتقدم: ٣١، ١٠٥.

(٣) المعاملة بالنظر إلى اللزوم وعدمه تكون على أقسام:

الأول: ما يكون اللزوم فيها ذاتياً: حيث تقتضيه ذات المعاملة كما في لزوم الرهن على الراهن، فإن عدم لزومه عليه ينافي حقيقة الرهن الذي هو جعل الوثيقة عند الطرف الآخر الموجب لوثوق المرتهن بعدم تلف دينه، فهذا النحو من العقود والذي يكون اللزوم فيه ذاتياً لا يجوز فيه اشتراط الخيار لأن اشتراط الخيار فيه مناف لحقيقة المعاملة.

الثاني: ما يكون اللزوم فيه حقيقياً. وهذا كما في معاملة البيع إذا وقعت بقالب العقد والتعاهد فإن كلاً من المتعاقدين بواسطة وقوع ذلك العقد له الحق على صاحبه بإلزامه بمقتضى ذلك العقد ومنعه من الفسخ.

وهذه الحقيقة إنما جاءت من العقد والتعاهد من كل منهما على ما أوقعاه، ومن الواضح، أن اللزوم في هذا القسم لا يكون ذاتياً، لأن مبادلة الكتاب بالدينار مثلاً على نحو المعاطاة من دون عقد، لا يكون لزومها من مقتضيات ذاتها بل لكل منهما الرجوع فيما أوقعه ويكون إبراز تلك المعاملة بقالب العقد مانعاً عن الرجوع، وفي هذا النحو من المعاملات لا مانع من اشتراط الخيار فيها، لأن هذا الشرط لا يكون منافياً لذات المعاملة، كما انه لايكون منافياً للتعاقد عليها واقص ما فيه انه يكون منافياً، لإطلاق التعاقد، وهذا جار في كل شرط، فإن الشرطية إنما تكون منافية للاطلاق لا لذات المشروط.

=

إن الضرر المتوجه على الزوجة في حال عدم قيام الزوج بحقوقها ليس مسبباً توليدياً عن نفس لزوم النكاح لينتفي بالحديث المذكور، إذ من المعلوم أن اختيار الزوج دخيل في البين، وسيأتي مزيد توضيح ذلك.

وأما الوجه الثاني: من الاستدلال بحديث نفي الضرر:

هو الاستدلال بالحديث المذكور لاثبات الاجبار على الطلاق وعلى سلطنة الحاكم الشرعي عليه. وتقريبه:

هو أن المستفاد من قوله (ﷺ) (الطلاق بيد من أخذ بالساق) [1] أن الزوج هو المسلط على إيقاع الطلاق، وعلى عدمه. وهذا الحكم، وهو سلطنته على عدم الطلاق ضرري على الزوجة فينفى بحديث (نفي الضرر)، وتكون النتيجة، أن الزوج لا يكون مسلطاً على عدم الطلاق، بل يكون الطلاق لازماً عليه.

وقد يعترض أيضاً: بأن الضرر المتوجه على الزوجة لم يأت من ناحية سلطنة الزوج على عدم الطلاق لينتفي عند حصول الضرر، بل جاء من جهة عدم قيامه بحقوق الزوجة، لما عرفت في تقريب الاستدلال في إثبات الخيار، من أن سلطنته على عدم الطلاق في حال عدم قيام الزوج بحقوق الزوجة ضرر عليها، فتكون السلطنة منتفية.

= الثالث: أن يكون اللزوم حكمياً ! حيث يكون بجعل من الشارع المقدس ومعنى ذلك، أن الشارع يحكم على خصوص معاملة بأنها لا خيار فيها لأحد المتعاقدين فيكون اشتراط الخيار في مثل هذه المعاملة مخالفاً للحكم الشرعي، فلا يكون نافذاً. وهذا كما في باب النكاح فإن عقده وإن تضمن حقية اللزوم، وهو غير مانع من اشتراط الخيار ـ كما عرفت في البيع ـ إلاّ أن فيه مانعاً آخر وهو الحكم الشرعي التعبدي القاضي بأن النكاح لا يدخله الفسخ والخيار إلاّ في موارد خاصة، وهذا الحكم الشرعي يكون مانعاً من اشتراط الخيار لأحدهما على الآخر.

(١) هذا الخبر نبوي وقد تعرض إليه الحجة النوري في المستدرك باب ٣٥، وذكره صاحب الجواهر في أوائل البحث عن الطلاق عند التعرض لطلاق من بلغ عشراً، وأنه لو طلق وليه عنه لم يصح. وكذلك ذكره في الحدائق في مسألة عدم طلاق الولي عن الصبي. وذكره الشيخ في الخلاف في المسألة المفروضة ج٢ ص٢٢٣. وعندنا اخبار تدل على مضمونه واردة فيمن شرط لزوجته أن بيدها الطلاق كقوله (عليه السلام) (إن على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق).

والجواب عنه: بأن المستفاد من قوله (ﷺ) (الطلاق بيد من أخذ بالساق) ليس جعل السلطنة للزوج على كل من الوجود والعدم بل لا يتعدى ذلك عن كون إيجاد الطلاق من حقوق الزوج الخاصة، وأنه لو أوجده لكان، ولا مانع له فيه حتى لو تضررت الزوجة بطلاقها منه بواسطة بعض الطوارئ، أما عدم الطلاق فليس هو إلاّ أنه ليس بواجب عليه. فتدخل المسألة حينئذٍ، في أنه لو كان عدم جعل الحكم موجباً للضرر يكون مفاد حديث (نفي الضرر) مشرعاً لما يكون رافعاً للضرر، ولازم ذلك أنها لو تضررت من عدم الطلاق من ناحية أخرى لا من ناحية عدم قيام الزوج بحقوقها يكون الطلاق واجباً.

لذلك كان الأولى في الجواب أن يقال:

إن حديث نفي الضرر إنما يجري في نفي الحكم الذي يكون بقاؤه مولداً للضرر، بحيث كان الضرر مسبباً توليدياً للحكم، أما مع فرض كون الضرر آتياً من عدم قيام الزوج بحقوقها فلا يكون مسبباً إلاّ عن الزوج لا من الحكم الشرعي، كما حقق في محله، من أنه يشترط في الأسباب التوليدية أن لا يتوسط اختيار آخر. وحينئذٍ، فلا مورد فيما نحن فيه لحديث (نفي الضرر والضرار).

وربما يعترض: بأن ما ذكرتموه من اعتبار كون الضرر مسبباً توليدياً عن الحكم الشرعي، وأنه لو توسط في البين، الاختيار من المكلف لا يكون (حديث نفي الضرر) جارياً لعدم استناد الضرر إلى نفس الحكم بل إلى اختيار المكلف، فينبغي أن لا يجري الحديث المذكور في الوضوء أو الصوم إذا كان مضراً لأن الضرر إنما جاء من اختيار المكلف.

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأن هذا الاختيار من المكلف ـ أعني إرادته الوضوء، أو الصوم ـ لما كان ناشئاً عن ذلك الوجوب كان الضرر مستنداً إلى الوجوب، فكان هو الموقع للمكلف في الضرر فكان الوجوب سبباً توليدياً للضرر وكان الضرر مسبباً توليدياً عن ذلك الوجوب. فكان حينئذٍ يصح أن يقال: أن ذلك الوجوب مضر بالمكلف، وبذلك يكون مرتفعاً. وهذا بخلاف ما نحن فيه مما لا

يكون الحكم الشرعي فيه إلاّ محض عدم وجوب الطلاق عليه كي يكون الإضرار بالزوجة امتثالاً له ليكون هو سبباً توليدياً للاضرار بها.

وعلى أي حال، فإن التحقيق يقتضي لنا أن نقول بإمكان الاستدلال بهذا الحديث الشريف لما نحن فيه من انفتاح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي حيث يتمسك بنفي الضرار على ذلك. لأن الزوج لو لم يقم بحقوق زوجته وأمره الحاكم الشرعي بالقيام بتلك الحقوق فامتنع عن ذلك ولم يتمكن الحاكم الشرعي من إجباره، كان إصراره على ذلك من قبيل إصرار سمرة على الدخول لبيت الأنصاري. وحينئذٍ، يكون مضاراً للزوجة ويدخل تحت كبرى قوله (ﷺ) لا ضرار. وينفتح بهذا باب الطلاق الإجباري ويكون الأمر دائراً بين اثنين.

إما أن يجبره الحاكم الشرعي على الطلاق ليخلي سبيل الزوجة أو يتولى الحاكم الشرعي بنفسه ذلك ويجري الطلاق جبراً عليه لو امتنع عن فك رباط الزوجية ولم يطلقها لكونه ولي الممتنع.

الاستشهاد بسيرة السلف الصالح:

لم يقتصر الفقهاء (رحمهم الله) على إلزام الزوج بالطلاق على موارد النفقة فقط. بل تعدوا ذلك إلى كثير مما ادعيناه من توسعة الإلزام المذكور إلى بقية الحقوق التي هي للزوجة على زوجها.

ومن ذلك ما صرح به المحقق القمي (رحمه الله) باللغة الفارسية في كتابه جامع الشتات ما ترجمته:

(إن حقوق الزوجة هي، أن يؤمن الزوج نفقتها، وكسوتها. طبقاً لما تنص عليه الشريعة المقدسة، وأن لا يتشاكس معها بدون وجه شرعي، وأن لا يؤذيها، ولو تخلف الزوج عن حقوق زوجته وطالبت الزوجة فلم تر نفعاً رجعت إلى الحاكم الشرعي، ويلزمه بعد ثبوت ذلك عنده ويجبره على الوفاء بحقوق زوجته ويعزره ان تخلف، وإذا لم ترض الزوجة بالبقاء على تحمل نشوز الزوج يتدخل الحاكم الشرعي ليلزم الزوج بالوفاء بالحقوق، أو بالطلاق، وهذا الإجبار لا ينافي صحة الطلاق).

وأما الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله) فقد ذكر في مسألة الجمع بين الأختين فيما لو اشتبه عقد المقدم منهما فقال: (ولو اشتبه السابق ولم يكن ثمة ما يشخصه ولو علم التاريخ بناءاً على الحكم بتأخر المجهول عن المعلوم أقرع في وجه قوي، وإن لم أجد من ذكره هنا. نعم، في القواعد الأقرب إلزامه بطلاقهما لأن الواجب عليه الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وإن لم يتمكن من الأول فيتعين عليه الثاني، فإذا امتنع منه ألزمه الحاكم به، كما في كل من وجب عليه أمر فامتنع منه، وللزم الحرج على المرأتين، ولعل غير الأقرب احتمال العدم، واحتمال فسخهما وفسخ الحاكم وبطلانهما) [١].

ومثل ذلك ما صرح به الفقيه الطباطبائي (رحمه الله) في عروته حيث قال: (مسألة: لو تزوج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته دون المجهول، وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما، وكذا وطء احداهما إلاّ بعد طلاقهما، أو طلاق الزوجة الواقعية منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العدة إن كان دخل بها أو بهما، وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما لا يبعد ذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٢]، وربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره وأنه يعين بالقرعة، وقد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما) [٣].

مما تقدم عرفت أن الفقهاء (رحمهم الله) لم يقتصروا في الإجبار على الطلاق على التقصير بالنفقة بل توسعوا فقالوا بذلك في كثير من الموارد كما مر عليك.

وأما بيان تكليف الحاكم الشرعي بعد الرجوع إليه وعدم فائدة إجباره للزوج المقصر على الطلاق، فهذا كما تقدم بيانه، فإنه يستفاد من ولاية الحاكم الشرعي على الممتنع، حيث يكون له إجراء هذا الطلاق، ولما تقدم بيانه من الأدلة التي استفاد منها

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: المصدر المتقدم/ ٢٩، ٣٨٢.

(٢) سورة البقرة: الآية، ٢٢٩.

(٣) السيد محمد كاظم اليزدي: العروة الوثقى/ ٥، ٥٤٨، كتاب النكاح، مسألة ٤٣.

شيخنا الأستاذ (دام ظله) توسعة صلاحيات الحاكم الشرعي إلى مثل هذه الموارد. مضافاً، إلى أنه لا خصوصية للإنفاق ليقتصر إجراء الطلاق جبراً عليه بل إن الحكم في الآية الشريفة جار في جميع حقوق الزوجية والتي منها المضاجعة والوطء بعد الأربعة أشهر، فيدخل فيه العنين الذي وطأ امرأته مرة واحدة ثم طرأه العنن فإن مثل هذه المرأة وإن ورد فيها (من أنها متى ابتليت فلتصبر) إلاّ أن المراد بذلك هو الصبر عن الفسخ، وذلك لا ينافي وجوب الطلاق على الزوج لأنه بعد فرض عدم تمكنه من الإمساك بمعروف الذي هو القيام بحقوقها كاملة والتي منها الوطء في الأربعة أشهر مرة فلابد من أن يكون الطرف الآخر واجباً عليه وهو التسريح بإحسان، وعلى فرض تخريج من ابتلى زوجها بالعنن بعد الوطء وتحكيم (انها متى ابتليت فلتصبر) فيها فإن ما نحن فيه غير ذلك المورد للفرق بينهما، فإن من ابتلى زوجها بالعنن يقوم زوجها بجميع شؤون الزوجية من المضاجعة وغيرها، ولكنه لا يقدر على الإيلاج لما ابتلى به من مرض العنن الطارئ. أما هذه المهجورة فقد حرمت حتى من المضاجعة وتركت إلى غير مأوى، فالفرق بينهما واضح إذن، فيدور أمر الزوج بالنسبة إلى زوجته بين أمرين:

فأما القيام بالشق الأول، وهو الإمساك بمعروف.

أو اختيار الطرف الآخر، وهو التسريح بإحسان.

من غير فرق بين موردي الإنفاق وغيره إذ لا خصوصية للأول لنوجب تقديمه على غيره وعند عدم اختيار الزوج لأحد هذين المسلكين يتدخل الحاكم الشرعي ليجري الطلاق بنفسه.

ولو لاحظنا صاحب الجواهر (رحمه الله) في موارده العديدة لما رأيناه يقف مكتوب اليد بل قد توسع ووسع سلطة الحاكم الشرعي في موارد منها: مورد المهاياة من كتاب القسمة من باب التجارة حيث تكون قسمة الشيء ممتنعة كالجوهرة والسيف وما شاكل فإنه (رحمه الله) قال فيه بلزوم إيجار ذلك الشيء إن كانت له أجرة جمعاً بين

الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر وأخيراً يقول (ولعل ذلك من السياسات)[1].

إذن، فقد فتح الشيخ صاحب الجواهر وكثير من الفقهاء (رحمهم الله) باب البيع القهري في قبال قاعدة السلطنة على المال، وبذلك، يمكننا فتح باب الطلاق الإجباري في قبال قوله (عليه السلام): (الطلاق بيد من أخذ بالساق) في صورة هجر الزوجة وعدم قيام الزوج بكامل حقوق زوجته، وليعتبر هذا من السياسات أيضاً، وفي قضية تحريم التنباك من قبل السيد الشيرازي(رحمه الله) خير شاهد على ما نقول.

مدى إمكانيات الحاكم الشرعي:

ولابد لنا من معرفة مدى إمكانيات الحاكم الشرعي في سلطته بالنسبة إلى إجراء الطلاق جبراً على الزوج، وهل أن صلاحياته مطلقة في ذلك أو هي مقيدة بقيود خاصة والتي منها موضوع ضرب الأجل للزوج؟ إذ لعله يثوب إلى رشده فيعود إلى حياته الزوجية. وعلى تقدير الأجل فما مقداره؟

الزوج معلوم المحل:

وفي هذه الصورة فلابد للحاكم الشرعي من التريث وعدم التسرع بإجراء الطلاق بمجرد دعوى الزوجة تقصير زوجها بالنسبة لحقوقها المفروضة عليه، بل لابد من تبليغه بدعوى زوجته عليه، وحينئذٍ، فتكون هذه الدعوى كبقية الدعاوى التي تعرض عليه، وعند حضوره وعجزه عن إبطال دعوى زوجته لابد للحاكم من إعمال صلاحياته في هذا المورد من إجراء الطلاق جبراً عليه. هذا فيما لو امتثل وحضر مجلس الدعوى وكان طرفاً آخر يفند ما تدعيه زوجته أو يعجز عن ذلك.

وأما لو لم يحضر، فلابد من ضرب الأجل له، وليس لذلك أمد معين بل هو موكول إلى نظر الحاكم الشرعي فهو الذي يقدر ذلك ويلاحظ ظروف القضية آخذاً بعين الاعتبار ظروف كل من الزوجين.

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٢٦، ٣١٤.

الزوج مجهول المحل:

أما لو انقطعت أخبار الزوج وجهل محله فيدخل هذا تحت عنوان (المفقود) فيشمله أخباره التي تصرح بالانتظار لمدة أربع سنين كما مر فيما تقدم من صحيح الحلبي في قوله (عليه السلام): (المفقود إذا مضى له أربع سنين) [١].

وفي خبر أبي الصباح (في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين) [٢]، وهكذا الحال في بقية الأخبار المتعرضة لحكم المفقود. وبناءاً على ذلك، فيكون الانتظار ضمن هذه المدة من الأحكام التعبدية في خصوص الغائب الذي لم يعثر عليه.

طرق التبليغ الحديثة:

والآن وحيث عرفنا، أن الزوج لابد من تبليغه وإحضاره ليدافع عن نفسه فهل تكفي الطرق الحديثة في التبليغ كالإذاعة والصحف والمجلات وما شاكلها لإيصال الخبر إليه أو لا يكفي ذلك؟ بل لابد من تحرير الرسائل إليه، أو إرسال شخص يقابله فيبلغه الخبر ما دام أنه معروفاً محل الإقامة والعنوان.

ولا يرى شيخنا الأستاذ (دام ظله)، فرقاً بين كيفية الفحص وطرق الإيصال وبين ضرب الأجل فكلاهما موكول إلى الحاكم الشرعي لاختلاف الغائبين في نظره من جهة وصول التبليغ إليهم، فرب شخص له مركزيته المرموقة، وهو ممن يتصدى لاستماع الأخبار ومطالعة الصحف اليومية، وهكذا المجلات لذلك يكون التبليغ بواسطة هذه الطرق الحديثة كافياً، ورب شخص نراه بعيداً عن هذه العوالم، ولذلك فلابد من تحرير الرسائل إليه، أو إرسال شخص يتكفل بإيصال الخبر إليه، وحينئذٍ، فلا تنفع هذه الطرق الحديثة بالنسبة إلى هذا الشخص.

إذن، فالموضوع موكول إلى الحاكم الشرعي من حيث تقدير الظروف التي تخص الزوج في مثل هذه المقامات.

---

(١) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٢٢، ١٥٨، ح٤.

(٢) المصدر المتقدم: ٢٢، ١٥٨، ح٥.

هذا كله في **النقطة الأولى**، من الآثار المترتبة على تخلف الزوج، **وقد عرفت أن شيخنا** (دام ظله) فسح المجال أمام الحاكم الشرعي لإجراء الطلاق جبراً على الزوج.

وأما إذا لم ترغب الزوجة في هذا الإجراء بأن قبلت البقاء مع ذلك الزوج على مثل هذه الحالة فهل لها في الإخلال بحقوقه عليها مقابلة له بالمثل كالسفر بدون إذنه أو الخروج من داره بدون رخصة منه أو عدم مطاوعته في تلبية شيء مما يفرضه عليها، وما شاكل ذلك مما يعتبر خرقاً منها لحقوقه عليها؟

ولم يجد شيخنا الأستاذ (دام ظله)، من تعرض لهذه الجهة بالصراحة، وكان الأنسب ذكرها في نشوز الزوج إلاّ أنهم اقتصروا على مجرد ذكر ما لو نشز الزوج فليس لها هجره ولا ضربه كما كان الحال على العكس لو نشزت هي.

نعم، في الجواهر ذكر (رحمه الله)، في باب النفقة عند تعرضه لبيان أن تمكين الزوجة شرط فيها أو أن النشوز مانع منها تعرض لمثل هذا فقال: (بل ربما يشم من قوله تعالى: ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ**﴾[1] ما يشبه معاوضة الاستمتاع بالانفاق على نحو ما ورد من الانفاق على الدابة عوض ما يستوفيه من منافع ظهرها. كما أنه يشم من نصوص بيان حق كل منهما على الآخر مقابلة كل منهما لصاحبه)[2].

وعليه، فلو كان هناك ما يشبه المعاوضة بين الاستمتاع والإنفاق فحينئذٍ، يفهم منه أنه لو تخلف عن تأدية حقوقها عليه كان لها التخلف عن تأدية حقوقه عليها للمقابلة المذكورة.

إلاّ أن الصحيح، أن قوله تعالى: ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**﴾[3]. لا صراحة فيه على أن ما يقابل الاستمتاع هو بذل النفقة. بل لعل المراد منه، هو المهر الذي بذله الزوج لزوجته.

---

(١) سورة النساء: الآية، ٣٤.

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٣١، ٣٠٦.

(٣) سورة النساء: الآية، ٣٤.

لكن في آيات الأحكام للجزائري ذكر رواية تدل على أنه المهر، وأخرى تدل على أنه النفقة وليس ببعيد أن يكون المراد هو الأعم، إلاّ أن الأعمية لا تدل على المعاوضة وأن بذل المال عوض القوامية. بل لا يبعد القول، بكونه أعني بذل المال حكمة في القوامية والولاية لا علة.

وأما أخبار الحقوق، والتي تفيد المقابلة بين الحقين كما يدّعيه فليس فيها ما يدل على ذلك على وجه لو أخل أحدهما كان للآخر الإخلال بحقوق صاحبه.

ولكن يمكن القول، بأن استفادة العلية القاضية بالمقابلة الموجبة لسقوط حقه عند عدم قيامه ببذل النفقة غير بعيدة، إلاّ أنها إنما تؤثر في ناحية الاستمتاع والتمكين دون القوامية التي هي من سنخ الولاية الموجبة لعدم جواز خروجها بلا إذن منه فلا يكون بذل النفقة إلاّ من قبيل الحكمة في جعل هذه الولاية لأن الولاية حكم شرعي غير قابل للمعاوضة.

إذن، فتبين أن الآية الشريفة والمصرحة بالقوامية لا دلالة فيها على كون القوامية بعوض المال المبذول من قبل الزوج نفقة كان أو مهراً بل أقصى ما فيها هو أن الشارع المقدس جعل سلطة الزوج على زوجته، وحكمة هذا الجعل والتشريع لا علته هو، أنه قد بذل المال، ومن المعلوم أن الحكمة لا تكون موجبة لتقييد السلطنة بالبذل المذكور، بل هي سنخ ولاية خاصة عليها. وحتى لو قلنا بثبوت المعاوضة كما يقوله الشيخ(رحمه الله) في الجواهر لما كان ذلك دالاً على أنه إذا قصّر في نفقتها أو في أداء مهرها فلها الامتناع من التمكين في الاستمتاع أو الوطء، وعليه، فلا حق للزوجة في تقصيرها بحقوقه إذا قصر بحقوقها بل يجب على كلا الطرفين القيام بوظيفته التي قررها الشارع المقدس عليه.

الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

موضوع البحث، الأرض المفتوحة عنوة، العامر من الأرض، تعقيب، الخلاصة، معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي، التصرفات الناقلة، الأنفال، خلاصة شاملة وعود إلى الموضوع الأصلي، الوجوه المذكورة لتصحيح العبور، المساجد الواقعة في الشوارع، ما هي المسجدية، الفرق بين المساجد والوقف على المسلمين البيع والكنائس وما يتبعها، البيع والكنائس بعد الإسلام، مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع.

موضوع البحث:

وينحصر فيما تستملكه الحكومة جبراً من الدور والمحلات العائدة لأصحابها وتهدمها لتجعلها شوارع لعبور الناس ومرورهم.

وعليه، فما يكون حال هذا العبور في مثل هذه الشوارع المستحدثة؟ وكذا بقية الانتفاعات الممكنة من فضلات الدور أو الحوانيت التي استملكت لهذا الغرض؟

وبما أن لبحثنا هذا الصلة القوية بالبحث عن حقيقة الأرض من حيث كونها من الأراضي الخراجية المفتوحة عنوة أو من الأنفال، فلابد والحالة هذه من التطرق، وعلى سبيل التمهيد عن حال هذه الأراضي لنعرف الحكم في عامة الانتفاعات من موضوعنا الأصلي، وهو الشوارع المستحدثة من قبل الدولة.

الأرض المفتوحة عنوة:

وهي الأراضي التي فتحها الجيش الإسلامي، وقد عرفت في بلغة الفقيه بما يلي: (وهي المأخوذة بالقهر والغلبة المستلزمة للذل والخضوع ومنه قوله تعالى:

﴿وَعَنَتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ﴾[1].

وبطبيعة الحال، أن ما يفتحه الجيش الإسلامي ينقسم **إلى قسمين**:

قسم منه، يكون عامراً يوم الفتح.

والقسم الآخر، يكون خراباً.

أما القسم الثاني، فهذا يدخل فيما عدى العامر من المفتوح عنوة مما يشمله عنوان الأنفال، وسيأتي البحث عنه.

وأما ما كان عامراً منها:

فقد اختار السيد بحر العلوم(رحمه الله) في بلغته، بأنها ملك للمسلمين قاطبة ولمن

---

(١) السيد محمد بحر العلوم: بلغة الفقيه/ ١، ٢١١، شرح وتعليق: السيد محمد تقي آل بحر العلوم، منشورات: مكتبة الصادق ـ طهران.

يدخل في الإسلام ولمن يوجد بعد ذلك بالسوية من غير تفاضل بينهم فضلاً عن التخصيص بمن قاتل منهم [١]. وعلى هذا جرى غير واحد من فقهائنا (رحمهم الله).

ومن اختار هذا الرأي فقد استدل عليه بأمرين:

الأول ـ الإجماع.

الثاني ـ الأخبار.

أما الأخبار فهي كما يلي:

١ـ صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (سئل أبو عبد الله (عليه السلام): عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد، فقلت: الشراء من الدهاقين، قال: لا يصلح إلاّ أن تشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها. قلنا: فإن أخذها منه؟ قال: يرد عليه رأس ماله وله ما أكل من غلتها بما عمل) [٢].

٢ـ صحيحة أبي ربيع الشامي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (لا تشتر من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هو فيء للمسلمين) [٣].

٣ـ خبر محمد بن شريح قال: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء الأرض من أرض الخراج؟ فكرهه، وقال: إنما أرض الخراج للمسلمين، فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل وعليه خراجها، فقال: لا بأس إلاّ أن يستحي من عيب ذلك) [٤].

ولا يخفى، أن وجه الاستيحاء هو التكفل بالخراج كما يفعله أهل الذمة.

٤ـ صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي بردة بن رجا قال: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: ومن يبيع ذلك، هي أرض

---

(١) المصدر المتقدم.

(٢) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ١٧، ٣٦٩، ح٤، الباب ٢١ من أبواب التجارة.

(٣) المصدر المتقدم: ح٥.

(٤) المصدر السابق: ١٧، ٣٧٠، ح٩، الباب ٢١ من أبواب التجارة.

للمسلمين؟ قال: قلت: يبيعها الذي هي في يده قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس اشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله يكون أقوى عليها وأملأ بخراجهم منه) [١].

٥ـ مرسلة حماد الطويلة عن أبي الحسن الأول (عليه السلام) (... والأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها، ويقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحاً ولا يضرهم فإذا خرج منها نمائها فأخرج منه العشر من الجميع فيما سقت السماء أو سقي سيحاً ونصف العشر فيما سقي بالدوالي والنواضح فأخذه الوالي فوجهه في الوجه الذي وجه الله له على ثمانية أسهم يقسم بينهم في مواضعهم بقدر ما يستغنون في سنتهم بلا ضيق ولا تقتير فإن فضل شيء في ذلك رد إلى الوالي وان نقص شيء من ذلك ولم يكتفوا به كان على الوالي أن يمونهم من عنده بقدر سعتهم حتى يستغنوا، ويأخذ بعدما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم أنصبائهم على ما صالحهم عليه، ويأخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام وتقوية الدين وفي وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة، وليس لنفسه من ذلك القليل والكثير) [٢].

وأخيراً، عقّب السيد(رحمه الله) في بلغته بعد هذه الأخبار بقوله: (والظاهر: أنها لهم على جهة الملكية كما عن صريح بعض لمكان اللام والإضافة الظاهرين فيها لا على وجه الاختصاص) [٣].

إذن، فعلى هذا الرأي تكون الأراضي العامرة يوم الفتح ملكاً للمسلمين الموجودين في ذلك الوقت، ولمن يدخل ويوجد بعد ذلك بالسوية من غير تخصيص

---

(١) المصدر السابق: ١٥، ١٥٦، ح١، الباب ٧١ من أبواب الجهاد.

(٢) المصدر السابق: ١٥، الباب ٤١ من أبواب الجهاد، ح٢.

(٣) السيد محمد بحر العلوم: بلغة الفقيه/ ١، ٢١٣.

بمن شهد القتال أو لم يقاتل معهم.

ولكن شيخنا الأستاذ (دامَ ظِلّهُ)، لم يوافق هؤلاء في ما ذهبوا إليه من الملكية الصرفة. لذلك ناقش الأخبار المتقدمة بأنها، وإن اشتملت على ما يكون في حد نفسه للملك والاختصاص كما في التعبير عن ذلك (باللام) أو الإضافة إلى المسلمين إلاّ أن ما جاء في مرسلة حماد الطويلة المارة الذكر لا يساعد على ذلك لقوله (عليه السلام) فيها (فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها).

وعلينا، ملاحظة هذه الرواية من جهات ثلاث للاستدلال بها على ما نريد من عدم الملكية الصرفة للمسلمين:

الأول: ما تفيده الرواية وما تدل عليه.

الثاني: إرسال الرواية.

الثالث: معارضتها للأخبار المصرحة بالملكية للمسلمين.

أما دلالتها، فإن من التعبير السابق نتمكن أن نستفيد أن المسألة ليست من باب الملكية الصرفة، ولا من باب الاختصاص بل، ولا من باب الوقف (المصطلح الشرعي)، بل أن الأمر على خلاف هذه الأمور، وليس في البين إلاّ أن هذه الأرض تبقى على حالها، ويكون ريعها للمسلمين، أما نفس الرقبة فيمكننا القول، بأنها ليست بوقف، ولا ملك ولا غيرهما بل لا يكون حالها إلاّ كحال الأعيان الشخصية كالدار إذا كان الميت قد أوصى بانحصار ثلثه فيها وإبقائها ليصرف واردها في جهات قد عينها، غير أن مثل هذه الأرض والدار نقول أنها باقية على ملك الميت، والأراضي الخراجية لما خرجت بالفتح عن ملك أربابها كانت باقية بحالها بلا مالك، ولا ضير في بقاء العين إذا كانت منافعها ترجع إلى أناس معينين وذلك، هو المتحصل من مجموع الأخبار الواردة والسيرة على التصرفات في الأرض من الخلفاء الذين أجرى أئمتنا (عليهم السلام) الأمور على طبق جملة من تصرفاتهم فيها، وهناك رأي لشيخنا الأستاذ (دامَ ظِلّهُ)، بأن مثل هذه الأراضي تكون مملوكة للجهة المذكورة، وهي الجهة الإسلامية بناءاً على ما حرره في ملكية الجهات الخيرية للأعيان الراجعة إليها.

وأما إرسال الرواية، فلم ير شيخنا (دام ظله)، بأساً في ذلك وتعبيرهم بمرسلة لأن عمل الأصحاب بها يكون جابراً لها، ولا يكون الإرسال المذكور موجباً لتوهينها. وإلى ذلك أشار السيد بحر العلوم(رحمه الله) في بلغته بقوله: (وهي إن كانت مرسلة إلاّ أن الأصحاب تلقوها بالقبول فهي منجبرة) [(١)].

وأما معارضتها مع بقية الأخبار، والتي تصرح بأن الأرض ملك للمسلمين كما صرحت به الأخبار المذكورة فالصحيح عدم المعارضة.

ويوجه شيخنا (دام ظله) عدم المعارضة، بأن المقصود من ملكية المسلمين في لسان الروايات الشريفة هو ما بيّنه من بقاء الأرض على حالها، وأن ريعها للمسلمين، لا أن رقبة الأرض تعود لهم على نحو الإشاعة بينهم ما كان منهم موجوداً ومعدوماً فإن ذلك لو سلمنا معقوليته بالنسبة إلى الطبقات المعدومة فعلاً حيث تأتي، ولو بعد آلاف السنين، إلاّ أنا لا نتمكن من الالتزام به من لزوم الإشاعة بينهم القاضي بكون المنافع كذلك بأن تكون المنافع مشاعة بين قاطبة المسلمين كنفس الرقبة، وهكذا الحال في دعوى كونها موقوفة على المسلمين بالمعنى الاصطلاحي للوقف.

والآن، وبعد أن عرفت معنى الملكية للمسلمين بالنسبة إلى هذه الأراضي المفتوحة أو للجهة الإسلامية كما تقدم بيانه، فلابد حينئذٍ، من النظر إلى التصرفات التي تطرأ من المسلمين أنفسهم على رقبة الأرض بعد أن كان الجميع مشتركين فيها، وأن الجهة هي المسؤولة عن ذلك إما ما يرجع إلى:

التصرفات غير الناقلة:

كالبناء والزرع وشق الأنهار وتعميرها، وما شاكل ذلك مما لا يكون محققاً للنقل والانتقال فالصحيح أنه لا يجوز إلاّ باذن من له الإذن في أمثال ذلك، ومن البيّن أنه هو الإمام (عليه السلام) في زمن الحضور والفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة كما سيتضح ذلك إن شاء الله.

---

(١) المصدر المتقدم.

وإما التصرفات الناقلة:

كالبيع وما شاكله مما يكون محققاً للنقل والانتقال فقد اختار السيد بحر العلوم(رحمه الله) في بلغته المنع منه إلاّ إذا كانت هناك آثار قد أحدثها من بيده الأرض من بناء أو غرس أو شبههما.

وحينئذٍ، فيتوقف البيع على تحقيق جهة واحدة وهي أن مالك الآثار يكون مالكاً لنفس الأرض بالتبع أو لا؟

فإن قلنا، بالملكية التبعية صح البيع ممن بيده الأرض، وأما لو لم نقل بالملكية التبعية فلابد من التوقف في ذلك والاقتصار على النوع الأول من التصرفات وهي التصرفات غير الناقلة.

أما من قال بالملكية التبعية **فقد استدل على ذلك بدليلين:**

الأول: القول بالملكية التبعية هو، مقتضى الجمع بين الأخبار حيث دلت طائفة على المنع من البيع، بينما دلت الأخرى على الجواز والجمع بين هاتين الطائفتين يقتضي حمل الأخبار المانعة على البيع المجرد عن الآثار، أما الأخبار المجوزة فتحمل على البيع تبعاً للآثار.

الثاني: السيرة العقلائية القائمة بين الناس على البيع والشراء ووقفها مساجد ومدارس، وما شاكل، وما ذلك إلاّ لأن الأرض تكون مملوكة لمن أحدث فيها آثاراً.

ولكن السيد بحر العلوم(رحمه الله) أشكل على هذا الدليل في بلغته:

أولاً: بأن السيرة العقلائية على عهدة مدعيها. لا سيما في غير الدور والعقارات كالمزارع ونحوها.

ثانياً: إن السيرة المذكورة لا تفيد أكثر من حق الاختصاص والأولوية بالتصرف في الأرض لمن له الآثار فيها، فإذا بيعت الآثار المملوكة لبايعها لحق المشتري ما كان للبائع في نفس الأرض من حق الاختصاص والأحقية بالتصرف، ولأجل هذه النقطة الدقيقة نرى السيد بحر العلوم(رحمه الله) استشكل في الأوقاف العامة كالمدارس

والمساجد. لأن الغرض الأصلي من وقفيتها متعلق بالأرض، ولذا ذكر (رحمه الله) أن ما ينقذها من هذا الإشكال المذكور **أحد أمرين**: **فإما**، أن يقال ببقاء الملكية التبعية بعد زوال الآثار، وحينئذٍ، فيصح القول ببقاء ذلك على مسجديته ووقفيته، **وإما**، بناء على زوالها بزوال الآثار حيث لابد من رجوعها بعد زوال الآثار إلى ملكية المسلمين العامة. فيوجه ذلك على أحد طرق ثلاثة بينها السيد في بلغته [1].

الأول: إن المساجد والأوقاف الموجودة في الأراضي المفتوحة عنوة مما يشك بالخصوص أن أراضيها كانت عامرة عند الفتح حتى يملكها المسلمون والأصل يقتضي عدمه.

ويرد على هذا الوجه، إن الشك المذكور لا يدفع الإشكال فيما علمنا أنه كان عامراً يوم الفتح من المساجد والأوقاف.

الثاني: أن اليد نوعية، كاليد الشخصية فيكون عنوان المسجدية مخرجاً للأرض عن ملكية المسلمين العامة. كما إذا رأينا شخصاً بيده أرض خراجية مما يعلم كونها عامرة يوم الفتح، وكان قد تصرف فيها تصرف الملاكين بأملاكهم فإن يده تكون إمارة على الملكية له، وإن لم يعلم السبب في كيفية ملكه لها.

والرد على هذا الوجه: إن ذلك يتم فيما لو فتحنا الطريق لتملك الأرض الخراجية التي كانت عامرة حين الفتح ولم يتبين ذلك فيما ذكره.

الوجه الثالث: إن هذه الأرض لو كانت من العامر حين الفتح فهذا الشخص يملكها. ولكنه، لا دائماً بل إذا زالت آثارها منها خرجت عن ملكه. وأما لو كانت مواتاً حين الفتح فهو قد ملكها بالإحياء ولا تزول ملكيته بزوال الآثار. والآن وحيث ذهبت الآثار نشك في بقاء الملكية فنستصحب الملكية المرددة بين الملكيتين فيثبت أنها الآن ملك ولو زالت آثار عنه.

وقد أشكل السيد(رحمه الله) نفسه على هذا الوجه الثالث: بأنه موقوف على إمكان

---

(١) المصدر السابق: ١، ٢٤٥.

تملك الأرض الخراجية ولو تبعاً، مع أنه لم تثبت الملكية حتى التبعية وأقصى ما في البين أنه على تقدير كونها عامرة حين الفتح يكون لمن هي بيده حق الاختصاص في تلك الأرض لا الملكية حيث قال: (غير إن هذا الوجه الأخير لا يتم على ما اخترناه من عدم ثبوت غير حق الاختصاص) [١].

وأشكل شيخنا (دام ظله) على هذا الوجه أيضاً بأنه:

لو تم لكان استصحاب الملكية من قبيل استصحاب الكلي المردد بين مقطوع البقاء والارتفاع، وهو ليس بحجة كما تعرض إليه شيخنا في مباحث الاستصحاب[٢].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الاستصحاب: مأخوذ من المصاحبة لغة.

وقد عرفه الأصوليون، بتعاريف عديدة لعلها ترجع وترمز إلى معنى واحد وهو، إبقاء ما كان (كما صرح به الشيخ الأنصاري(ﷺ). أو هو الحكم ببقاء حكم أو موضوع ذي حكم شك في بقائه.

وحجية الاستصحاب ثابتة من العقل والنقل في الجملة.

وقد قسم إلى تقسيمات عديدة: منها، تقسيم المستصحب إلى كلي وشخصي. وتفصيل ذلك: أن المتيقن تارة: يكون الشك في بقائه من جهة حصول الشك في بقاء ذلك الفرد. ومثال ذلك، ما لو علمنا بوجود زيد في هذه الدار صباحاً، وفي المساء حصل لنا الشك في بقائه، وفي هذه الصورة، يجري الاستصحاب الكلي، وهو كلي الإنسان الذي كان موجوداً في ضمن زيد كما يجري استصحاب نفس الفرد الذي هو زيد، فلك أن ترتب آثار الكلي، وهو الإنسان أو آثار الفرد وهو زيد.

وثانية: يكون الشك في تعيين الفرد لتردده بين فردين: أحدهما مقطوع البقاء، والثاني مقطوع الارتفاع ويمثل لذلك، بالحشرة الصغيرة التي لا طاقة لها على البقاء لأيام عديدة وبالحيوان الكبير كالفيل مثلاً، حيث يتحمل البقاء لأيام عديدة في محل خال من معدات الحياة.

فبعد مضي الأيام لو حصل لنا الشك في البقاء لما أمكننا استصحاب الفرد لعدم القطع بما كان لنستصحب بقائه أو عدمه فلو كان الحيوان الكبير لاستصحبنا بقاءه ولو كان الموجود سابقاً هو الحشرة الصغيرة لقطعنا بعدم بقائه.

أما استصحاب الكلي، وهو كلي الحيوان، لو كانت هناك آثار خاصة تترتب عليه فقد وقع الخلاف فيه فالبعض من العلماء أجازه بينما منعه آخرون.

وثالثة: يكون الشك من جهة في قيام فرد آخر مقام ما كان موجود سابقاً مع القطع بارتفاع ذلك الوجود السابق، وهذا كما في المثال المتقدم بعد العلم بموت الحيوان الصغير، ولكننا نشك أنه =

تعقيب:

لا يخفى أن القول بالملكية التبعية متفرع على ما ذكره السيد بحر العلوم في البلغة(رحمه الله) في الجهة الأولى، وهي عدم جواز التصرف في هذه الأرض من العمارة ونحوها من البناء والمغروسات إلاّ بالإذن فإن لازم الإذن في تعمير هذه العرصة داراً هو كون المعمر مالكاً لنفس الأرض عندما يحدث التعمير فيها. وفي الحقيقة، يكون الإذن بتعميرها داراً منحلاً إلى تملكها بالعمارة فيها فإذا ملك نفس العين بما لها من الآثار، ولو تبعاً صح له بيعها، ويكون الحاصل أن الإذن بالعمارة ذات الأعيان عبارة أخرى عن الإذن بالتملك، ولو تبعاً لآثاره التي أحدثها فيها من البناء والمغروسات وحينئذٍ، يكون مالكاً للعين فيصح له البيع.

نعم، الإذن في تعمير هذه الأرض بجعلها صالحة للزراعة مثلاً بحرثها وكري أنهارها لا تكون لازمة الإذن في الملك لأن هذا النحو من العمارة ليس من الأعيان المملوكة كي تكون الأرض تابعة له في الملكية، هذا تمام البحث في الأراضي العامرة يوم الفتح.

وأما ما كان من الأراضي خراباً يوم الفتح، وقد فتح عنوة، فسيأتي البحث عنه كاملاً عند التعرض لحال الأنفال وأن مرجع ذلك كله إلى الإمام (عليه السلام).

= عند موته هل حصل بمكانه الحيوان الكبير أو لا؟ وفي هذه الصورة، لا يجوز استصحاب كلي الحيوان ولا الفرد الخاص من الحيوان الصغير أو الكبير. أما الفرد، فللقطع بارتفاع الأول والشك في حدوث الثاني. ومنه يظهر، عدم جواز استصحاب الكلي لأن الكلي قد ارتفع يقيناً بارتفاع الفرد الأول ويشك في حدوثه في ضمن الفرد الثاني فلا مورد لاستصحابه. وما نحن فيه، من قبيل القسم الثاني، وذلك لأن هذه الأرض التي تحت يد هذا الشخص إن كانت عامرة حين الفتح كان مالكاً لها تبعاً لملكيته للآثار التي أحدثها فإذا زالت الآثار زالت الملكية، وإن كانت خراباً حين الفتح، وقد أحياها هذا الذي تكون بيده فهي من الأنفال وهي تملك بالإحياء فتكون الملكية على هذا مرددة بين مقطوع البقاء لو كانت الأرض أمواتاً، وقد أحياها أو مقطوع الارتفاع لو كانت الأرض عامرة على التبعية ولذلك لم يجر الاستصحاب كما تقدم بيانه.

الخلاصة:

إن هذه الأرض العامرة يوم الفتح يكون مرجعها إلى الإمام (عليه السلام) من جهة التصرف بها سواء قلنا بأنها ملك للمسلمين أو أنها وقف عليهم أو اعتبرناها ملكاً للجهة الإسلامية، فإن ولاية التصرف في جميع ذلك تكون إلى الإمام (عليه السلام) في زمن الحضور، وإلى الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة.

معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي:

ويكون هذا السؤال نتيجة ذكر الخلاصة المتقدمة فكيف تكون معاملة الإمام(عليه السلام) أو نائبه للناس في هذه الأراضي التي استولى عليها ومقتضى القاعدة الأولية هو أن يعامل الإمام (عليه السلام) من يعمل في هذه الأرض معاملة الملاك مع فلاحيهم. ولنأخذ على سبيل المثال الأرض الزراعية موضوعاً لبحثنا فنقول:

إن الإمام (عليه السلام) يكون حكمه حكم المالك لهذه الأرض، وهو بدوره يقوم بمزارعة الشخص الذي أقدم على هذه الأرض فيزارعه على حصة خاصة كما تضمنته مرسلة حماد المتقدمة في قوله (عليه السلام): (ويأخذ ما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض واكرتها فيدفع إليهم أنصباءهم على ما صالحهم عليه ويأخذ الباقي فيكون أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام ... إلى آخر المرسلة) [1].

ومثل هذا ما جاء في صحيحة البزنطي من قوله (عليه السلام):(وما أخذ بالسيف فذلك للإمام يقبله بالذي يرى كما صنع رسول الله (صلى الله عليه وآله) بخيبر قبل أرضها ونخلها)[2].

إذن، فالموضوع يناط إلى نظر الإمام (عليه السلام) في زمان حضوره وإلى الفقيه في زمان

---

(١) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ١٥، الباب ٤١ من أبواب الجهاد، ح٢.

(٢) العلامة المجلسي: بحار الأنوار/ ٩٧، ٥٩، تحقيق: محمد مهدي السيد حسن الخرسان، الناشر: مؤسسة الوفاء – بيروت.

غيبته فهو الذي يتعاقد مع الشخص تبعاً للمصلحة، إلاّ أن هناك طريقة أخرى جرى عليها المتغلبون فأخذوا يقدرون مقداراً معيناً أطلقوا عليه اسم (الخراج) فيأخذون ذلك ويكون الباقي لمن بيده الأرض، وقد أمضى أئمتنا (عليهم السلام) ذلك.

ولكن هذا الإمضاء لا يتعدى كونه تقية أو محافظة على كيان الإسلام أو لأجل التسهيل على شيعتهم أو غير هذا وذاك.

وليس الكلام في هذه الخصوصيات فقد مضى الأمس بما فيه وعلينا ملاحظة الحال فعلاً لتصحيح أعمالنا وتعيين تكليفنا اليوم، ونحن في غير زمان الحضور.

وحيث كان المرجع في هذا الزمان هو الفقيه الجامع للشرائط فلابد من مراجعته لأنه ولي التصرفات في مثل هذه الأمور. ولابد لمن بيده أرض ولم يكن بمالك لها بل استولى عليها جديداً بواسطة الحكومات السابقة أو الجديدة من مراجعة الفقيه ليرى تكليفه في تلك الأرض.

هذا كله في التصرفات غير الناقلة، كالزرع وكري الأنهار وكلما يعود إلى تلك الأرض من التعمير والإنشاء.

التصرفات الناقلة:

كالبيع، وما شاكله فقد أجازه بعضهم، قال السيد بحر العلوم(رحمه الله) في بلغته في هذا الصدد: (القول بجواز بيعها مطلقاً عن ظاهر السبزواري في الكفاية وعن ظاهر مفتاح الكرامة) [١].

وقال في كتاب الجهاد المبحث السابع قبل قوله القسم الثاني، من الأرضين: (السابع قال في المبسوط: لا يصح بيع شيء من هذه الأرضين) ثم أطال الكلام إلى أن قال:

(والأقرب القول بالجواز ثم استدل له بالعمل المستمر من المسلمين من غير

---

(١) السيد محمد بحر العلوم: بلغة الفقيه/ ١، ٢٣٩..

نكير وبالأخبار الخاصة منها صحيحة الحلبي وغيرها).

وقال في مفتاح الكرامة [١]:

(الظاهر جواز التصرف في أرض الخراج بالبناء والغرس والمساجد وجواز بيعها تبعاً للآثار بل الظاهر جوازه في رقبتها كما في ظاهر الدروس وجامع المقاصد أو صريحها).

وقيل بجواز بيعها في خصوص زمان الغيبة ونسب إلى الدروس واستظهر منه في مفتاح الكرامة جواز بيعها مجردة عن الآثار، وقيل بجواز بيعها تبعاً للآثار مع بقاء الملكية بعد زوال الآثار ونقله السيد في البلغة عن المستند [٢].

وعلى كل حال، فالذي ينبغي أن يقال هو أنه لو وجد مجتهد يقول بجواز البيع فعلى من بيده الأرض منا المقلد، لذلك المجتهد العمل بما يفتيه فيها حتى لو رأى أن يبيعها منه كان له ذلك، وإن لم يجزه المجتهد الآخر.

إلاّ أننا نتمكن أن نقول، إن اللازم يحتم على ذلك المجتهد الآخر الذي لا يرى جواز البيع في مثل هذه الأراضي إمضاء ما صنعه غيره من البيع لأنه عمل صادر من مجتهد، فلابد من إمضائه لأنه من سنخ الأحكام الواجب إمضاؤها لا من مجرد الفتوى ليكون بإمكان المجتهد الآخر التخلف عن المتابعة في الفتوى من حيث الإمضاء. بل هو كما قلنا، عمل صادر من مجتهد، وهو من سنخ الأحكام التي لابد فيها من المتابعة لأن الراد عليه راد على الله، وحينئذٍ، فيكون هذا البيع والجري على طبقة أحد الطرق لتحكيم قاعدة اليد في إمارية الملكية ويحكم بمقتضاها أن الأرض مملوكة لصاحب اليد فمن كانت في يده أرض مما هو مفتوح عنوة وكانت من قسم العامر يوم الفتح أمكننا الحكم بمقتضى يده بأنها ملك له لاحتمال كون هذه اليد منتقلة إليه ولو بوسائط عن شخص اشتراها عن مجتهد في ذلك العصر بحيث كان ذلك المجتهد السابق قائلاً بجواز بيع مثل هذه الأرض الخراجية فإنا، وإن خالفناه في

---

(١) السيد محمد جواد العاملي: مفتاح الكرامة/ كتاب التجارة، ٣٤٣.

(٢) راجع السيد محمد بحر العلوم: المصدر المتقدم.

الفتوى، لكنه لو صدر منه حكم على طبق فتواه لم يجز لنا نقض ذلك الحكم وكما لا يجوز لنا نقض حكمه لا يجوز لنا نقض ما صدر منه من البيع ونحوه فإن نقض ذلك البيع وافتائنا بفساده يكون داخلاً في الرد عليه إذ ليس ذلك البيع من قبيل الفتوى بجواز البيع لنقول إن فتوانا على خلاف فتواه فلا مانع من النقض بل هو عمل خارجي فلابد من إمضائه، وهذا نظير، ما لو أوقع ذلك المجتهد قسمة ميراث على طبق فتواه أو حكم في مقام المنازعة في الشبهة الحكمية على طبق فتواه فإنا لا يجوز لنا نقض ذلك الحكم إلاّ إذا علمنا علماً وجدانياً قطعياً على خلاف مستنده في ذلك الحكم أو في ذلك العمل.

وربما يقال: إن إلحاق العمل بالحكم في عدم جواز نقضه، وإن سلمنا به إلاّ أن أقصى ما في البين هو تحريم نقض عمل الغير والإجهاز بذلك. أما لزوم ترتيب ذلك الأثر من المجتهد الآخر على وجه يصح له شراء تلك الأرض ممن اشتراها من ذلك المجتهد الذي يقول بصحة البيع فهو محل تأمل.

ومن هذا العرض الذي بيناه، عرفنا طريقاً لتحكيم قاعدة اليد في الأمارية على الملكية، وهو يشمل مطلق الأرض المعمورة في حال الفتح زراعية كانت أو غير زراعية.

وهناك طريق آخر، يختص بغير الأراضي الزراعية من الدور والخانات الحادثة بعد الفتح، بل حتى ما يكون موجوداً حين الفتح فلا يبعد القول بصحة بيعها استناداً إلى السيرة على تملكها دوراً وحوانيت وخانات ووقفها للذرية ومساجد ومدارس وما شاكل ذلك، وهذه السيرة متصلة بزمن المعصومين (عليهم السلام) ويستظهر شيخنا (دام ظله) إمضاء هذه السيرة من قبلهم كما نشاهد ذلك في معاملاتهم، ومعاملات غيرهم من أصحابهم في هذه البلدان كبغداد والكوفة وسامراء بل والبصرة والشام وغيرها من البلدان حيث كان أصحابها يسكنونها من دون ردع من الأئمة (عليهم السلام) على تلك التملكات، ولا على هاتيك المساجد والأوقاف بل وربما باشروها (صلوات الله عليهم) وسكنوها أيضاً من غير فرق في إحداث البناء بين أن

يكون محدث الدار قد اشترى عرصتها، أو يكون من مجرد الإذن في بنائها داراً، والذي بينا أنه ينحل إلى الإذن بالتملك إذ لو بقيت الأرض على حالها من كونها خراجية لكان اللازم ضرب ضريبة سنوية معمرها ليكون ذلك من قبيل الإجارة، ولما لم يضربوا هذه الضريبة دلّ على أنهم ملّكوا الباني المعمر لها على حد إذنهم في تعمير الأرض المباحة، وعليه، فلو صححنا هذا البيع وهذا الإذن ولو من مجرد السكوت وعدم الردع منهم (عليهم السلام) صح تملك الباني لتلك العرصة.

هذا كله، فيما علمناه من أنه قد بنى في الأرض العامرة حين الفتح، وأما لو لم يكن عامراً حين الفتح، بل كان من الموات فلا إشكال في كون مالك البناء مالكاً للعرصة لكونه قد ملكها بالإحياء على ما هو مفصل في كيفية الإحياء.

هذا كله، فيما بني في زمن الأئمة (عليهم السلام) كبغداد وسامراء، أو ما كان مبنياً قبل الفتح كالشام ونحوها.

وما بني بعد ذلك كما في عصر الغيبة كالحلة مثلاً، فالأمر فيه سهل جداً، لأن المرجع في ذلك كما تقدم بيانه هو، الفقيه الجامع للشرائط، ولاشك أن الفقهاء قد أمضوا ذلك بل جروا عليه في دورهم ومدارسهم وغيرها.

وأما لو لم نعلم بالبناء سواء في حال الفتح، أو قبله أو بعده بل وصلت النوبة إلى الشك في العمارة حين الفتح أو الشك في كونه مما فتح عنوة، أو علمت عمارته حين الفتح، ولكن احتملنا كونه عامراً بذاته نظير الآجام [1] وبطون الأودية ورؤوس الجبال، بل كلما كان على حافتي نهر دجلة والفرات ونحوهما من الأنهار حتى ما يكون حوالي عيون الماء كما في إيران في أكثر أراضيها، ونحو ذلك مما يكون صالحاً للزراعة بنفسه، إلاّ أنه قد اتفق عدم زراعته من الكفار، وعدم حيازته منهم إلى أن جاء الفتح ـ وهذا هو المقصود من قولنا عامراً بذاته فدخل فيما هو المفتوح عنوة، وهو في حد نفسه ملك للإمام (عليه السلام) لكونه من الأنفال ـ كما سيأتي تفصيله إن شاء الله، فيكون هذا النحو خارجاً عما دلّ على أن المعمور حال الفتح هو ملك للمسلمين

---

(١) الآجام: جمع آجمة، وهي الشجر الكثير الملتف.

فإنه مختص بخصوص ما كان ملكاً للكفار حين الفتح.

ولعل الموقع الذي بنيت فيه بغداد بل والحلة أيضاً من هذا القبيل فتكون أرضهما من جملة الأنفال، وحينئذٍ، فتدخلهما الملكية وتكون اليد فيما كان من هذا القبيل محكّمة فيه.

بل لو حصل لنا الشك في كونها كذلك لتكون من الأنفال القابلة للتملك أو كونها من جملة ما ملكه الكفار قبل الفتح فتكون غير قابلة لذلك، وتكون ملكاً للمسلمين كان الشك المذكور كافياً في تحكيم اليد بل قد عدَّ جماعة من جملة الأنفال ما عمره الكفار. هذا حكم الأرض العامرة المفتوحة عنوة.

وأما القسم الثاني من الأرض: وهو ما عدى العامر من المفتوح عنوة وغيره مما يشمله عنوان الأنفال فنقول فيه:

الأنفال:

ونقصد بهذا العنوان ما كان راجعاً إلى الامام (عليه السلام)، وقد تعرض السيد بحر العلوم(رحمه الله) في بلغته فعددها[1].

إلاّ أن الذي يهمنا التطرق إليه من ذلك إنما هو الأرض الخراب سواء كانت مما فتح عنوة، أو كانت مواتاً مما لم يفتح عنوة كما عليه الإجماع، ودلت عليه النصوص الكثيرة.

ومن تلك النصوص، ما جاء في صحيحة محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (الأنفال ما لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، وكل أرض خربة أو بطون الأودية فهو لرسول الله (صلى الله عليه وآله) وهو للإمام (عليه السلام) من

---

(١) السيد محمد بحر العلوم: بلغة الفقيه، ٧٥، ط القديمة.

بعده يضعه حيث يشاء) [١].

ومنها: ما تضمنته مرسلة حماد بن عيسى عن العبد الصالح حيث يقول فيها(عليه السلام): (والأنفال كل أرض خربة باد أهلها ... إلى قوله ... وكل أرض ميتة لا رب لها) [٢].

ومنها: ما جاء في خبر أبي بصير: (لنا الأنفال. قلت: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن والآجام، وكل أرض لا رب لها، وكل أرض باد أهلها فهو لنا) [٣].

ومنها: ما جاء في خبر إسحاق بن عمار من قوله (عليه السلام) في تعريف الأنفال: (وكل أرض لا رب لها) [٤].

ومنها: ما في خبر محمد بن مسلم: (وما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهذا كله من الفيء[٥]، والأنفال لله وللرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب)[٦].

إلى غير هذه من الروايات التي تعرض لها السيد بحر العلوم في بلغته حيث قال في هذا الصدد [٧]:

(هذا تمام الكلام في عامرة المفتوحة عنوة، وأما مواتها فهي للإمام (عليه السلام) على المشهور شهرة عظيمة، بل الإجماع عليه مستفيض النقل. مضافاً، إلى المعتبرة المستفيضة الدالة على أن موات الأرض من الأنفال للإمام (عليه السلام) وعمومها الشامل

---

(١) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٨، ٦٠٢، خ١، باب أن الأنفال والفيء لله ولرسوله وللإمام من بعده...، ط الإسلامية.

(٢) المصدر المتقدم: ٩، ٥٢٤، ح٤، باب أن الأنفال كل ما يصطفيه من الغنيمة...، ط مؤسسة آل البيت(عليهم السلام) لإحياء التراث.

(٣) المصدر المتقدم: ح٢٨.

(٤) المصدر السابق: ح٢٠.

(٥) الفيء مصدر فاء، وهو الغنيمة والخراج.

(٦) المصدر السابق: ح١٠.

(٧) السيد محمد بحر العلوم: المصدر المتقدم/ ١، ٢٦٦.

لموات العنوة وغيرها، وإن كان معارضاً بالعموم من وجه لعموم أخبار حكم المفتوحة عنوة من كونها للمسلمين عامرة كانت أو مواتاً إلاّ أنه مرجح على عموم أخبار العنوة بالشهرة العظيمة والإجماعات المستفيضة).

وقال في أثناء كلام له [1]:

(إنه لم يقم دليل في خصوص موات المفتوحة عنوة أنها منتقلة من الكفار إلى الإمام بالعنوة كالمحياة المنقولة منهم إلى المسلمين بها. بل الحكم بكونها للإمام (عليه السلام) مستفاد من العمومات الدالة على أن الموات له بعد تقديمها على عمومات المفتوحة عنوة للمسلمين حيث كان التعارض بينهما بالعموم من وجه. ومقتضاه بعد الترجيح أن ما كان للكفار من الأراضي، وليس إلاّ المعمورة منها منتقلة بالعنوة إلى المسلمين، وأما الموات فمن أصلها للإمام وإلاّ كانت الأرض المفتوحة بقسميها محياتها ومواتها للمسلمين بحكم عمومات أخبار العنوة، وأحتجنا في إخراج الموات منها إلى دليل خاص بالنسبة إليها بالخصوص).

وعقّب شيخنا الأستاذ (دام ظله) على هذا الموضوع:

بأننا نتمكن من القول بأن ما دل على أن المفتوح عنوة للمسلمين ظاهر فيما يكون مملوكاً للكفار فيكون ذلك مختصاً بما عمره الكفار فلا يشملُ ما كان باقياً على الخراب إلى أن جاء الفتح، وحينئذٍ، يكون تقديم أدلة الأنفال على تلك الأدلة الدالة على كونها للمسلمين من قبيل الورود أو التخصيص فهي خارجة موضوعاً فلا يحتاج تقديمها إلى عملية تعارض العموم من وجه. وتوجيه التقديم بالإجماع، أو الشهرة أو نحو ذلك، وهذا أمر سهل ولعل هذا هو المراد للسيد بحر العلوم(رحمه الله) في قوله:

(ولعل إطلاق بعض الأدلة يقضي بدخول غير الآجام من الثلاثة في ملك الإمام(عليه السلام) وإن كانت محياة بنفسها، بل وما كان منها في المفتوحة عنوة تحكيماً

---

(١) المصدر المتقدم: ١، ٢٧٠.

للإطلاق المزبور على ما دل على ملكية المسلمين لعامرها، ولو بترجيحه عليه بناءاً على تعارض العموم من وجه بينهما. بل قد يقال بعدم المعارضة بينهما، فضلاً عن الترجيح، بناءاً على أن إطلاقات المفتوحة عنوة للمسلمين مختصة بما كان مملوكاً للكفار وليس شيء من ذلك للأدلة المزبورة داخلاً في ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاغتنام ـ كما تقدم ـ نظير ذلك في موات المفتوحة عنوة) [1].

الخلاصة:

هي أن موات الأرض المفتوحة عنوة كسائر الأراضي الموات هي ملك للإمام (عليه السلام) ومقتضى هذه الملكية أنه لا يجوز التصرف فيها ولا تملكها إلاّ بعد حصول الإذن من الإمام (عليه السلام) في حال الحضور أو بالإذن من الفقيه الجامع للشرائط.

وقد يعترض، بأن التصرف في هذه الأراضي الموات لا يحتاج إلى الإذن من الإمام (عليه السلام) أو من الفقيه في زمن الغيبة لأمرين:

الأول: الأخبار المصرحة بأن ما كان للأئمة (عليهم السلام) فهو لشيعتهم. ومن البيّن أن ما كان بهذا اللسان من الأخبار يكون ظاهراً في تملك شيعتهم لتلك الأراضي. من دون توقف على الإذن الخاصة.

الثاني: الأخبار الدالة على التملك بالإحياء، حيث صرحت بأن من أحيا أرضاً فهي له.

وأجاب شيخنا (دام ظله)، عن هاتين الطائفتين من الأخبار بإمكان التصرف بها بالحمل على الإذن العامة في التملك بالإحياء، ومعه لا حاجة إلى الإذن الخاصة منه(عليه السلام) في حال الحضور، أو من نائبه في حال الغيبة، ولعله لأجل ذلك صرح المحقق القمي(رحمه الله) في أجوبة مسائله في باب إحياء الموات في السؤال عمن أحيى قناة بعدم ولاية المجتهد على الموات من أرض الأنفال.

---

(١) المصدر السابق: ١، ٢٩٨.

ولكن الذي يظهر من الشيخ كاشف الغطاء(رحمه الله) أن للمجتهد الولاية عليها.

ولغرض إصلاح هاتين الطائفتين من الأخبار، لابد لنا من التوجيه بما تقتضيه قواعد التعارض، فإن أخبار الأحياء تفيد الإذن العامة للشيعة وغيرهم والطائفة الأولى تفيد الإذن لشيعتهم فقط لتصريحها بأن ما كان لنا فهو لشيعتنا.

والجواب عن ذلك: أن هذه الطائفة التي تفيد الإباحة لشيعتهم تكون حاكمة على تلك الأخبار، حكومة المخصص بالنسبة إلى ما تقدم من العموم. فقد جاء في رواية مسمع بن عبد الملك قول الإمام أبي عبد الله (عليه السلام): (كلما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طبق ما كان في أيدي سواهم، فإن كسبهم من الأرض حرام حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صفرة) [1]. وأمثال هذه الروايات كثيرة فراجع.

ومن ملاحظة هذه الرواية انفتح علينا باب جديد، وهو أنا ما نصنع مع هؤلاء الذين تملكوا الأرض وتصرفوا فيها، مع أنه (عليه السلام) يصرح بأن كسبهم في الأرض حرام عليهم؟

ويجيب شيخنا (دام ظله) عن ذلك:

بأنه لا مانع من القول، بأن اللازم علينا قبل ظهوره (عليه السلام) أن نعاملهم معاملة الملاك في أملاكهم، وإجراء الأحكام على مساجدهم وسائر موقوفاتهم مماشاة معهم، فإنّا مأمورون بذلك في زمان الغيبة.

قال السيد بحر العلوم في بلغته: (هذا بالنسبة إلى ما كان منه في أيدينا، وأما ما كان منه في أيدي غيرنا فهو عليهم حرام لعدم الإذن به منهم. وفي جواز انتزاعه من أيديهم مع الأمن من الضرر وجهان: من أنه مال الإمام (عليه السلام) في يد من لا يستحقه، وظالم له في تصرفه وغاصب في قبضه، ومن أن المستحق لانتزاعه هو الإمام فيتوقف

---

(١) الحر العاملي: المصدر المتقدم/ ٦، ٣٨٢، ح١٢، باب إباحة حصة الإمام من الخمس...، ط الإسلامية.

على أمره) (١).

والظاهر بحسب القواعد هو الوجه الأول وهو، كونه مالاً للإمام (عليه السلام) إلاّ أن الإنتزاع حتى مع الأمن من الضرر مرغوب عنه، بل أنا في عصر الغيبة مأمورون بالمعاملة معهم معاملة الملاك في أملاكهم ـ كما تقدمت الإشارة إليه ـ وهو الذي بنى عليه في البلغة فإنه(رحمه الله) بعد أن تشبث للشيعة بأخبار التحليل قال:

(وغيرهم لا يملكونها بالإحياء، لفقدان الشرط، وهو الإذن بالنسبة إليهم، وإن وجب ترتيب أحكام الملكية الظاهرية لهم بالنسبة إلى ما هي تحت أيديهم مما أحيوها كغيره مما استحلوها من أمواله "عجل الله فرجه") (٢).

نعم، قد ذكر وجهاً آخر لأخبار التحليل بحمل التحليل فيه على أجرة المثل للأرض، واستشهد على ذلك برواية الكابلي، عن الإمام الباقر (عليه السلام) قال: (وجدنا في كتاب علي (عليه السلام) أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده ... **إلى قوله** ...: فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتي ... **إلى قوله** ...: إلاّ ما كان في أيدي شيعتنا، فيقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم) (٣).

وهكذا صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله (عليه السلام): وفيها يقول: (وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا، فيجبيهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا، فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغرة) (٤).

ورواية يونس بن ظبيان أو المعلى بن خنيس:

(مالكم في هذه الأرض فتبسم ... **إلى قوله** ... فما سقت أو استقت فهو لنا وما

---

(١) السيد محمد بحر العلوم: المصدر المتقدم/ ١، ٣٠١.

(٢) المصدر المتقدم: ١، ٢٧٣.

(٣) المصدر السابق: ١، ٢٦٨.

(٤) الحر العاملي: المصدر السابق/ ٩، ٥٤٨، ح١٢، باب إباحة حصة الإمام من الخمس...

كان لنا فهو لشيعتنا.. الخ الرواية)[١].

ولا يخفى أن هذه الروايات خصوصاً، رواية يونس المتضمنة لقوله (عليه السلام): (فما سقت، أو استقت فهو لنا، وما كان لنا فهو لشيعتنا) ظاهرة في ملكية الشيعة لنفس العين غايته أنه (عليه السلام) عند ظهوره يأخذ الطسق منهم بخلاف غير الشيعة فإنهم يعتبرون غاصبين لا يملكون شيئاً.

إذن، فلا مناص إلاّ عن الأخذ بالوجه الأول.

خلاصة شاملة وعود إلى الموضوع الأصلي:

بعد هذا العرض الذي مرّ علينا من بيان حكم الأرض المفتوحة عنوة وغيرها مما يشمله عنوان الأنفال أمكننا أن نستفيد الخلاصة التالية:

إن الأرض سواء كانت خراجية، أو كانت من الأنفال فهي مما يقبل التملك بالطرق التي ذكرناها في كل من البابين.

وينفتح عندنا باب تحكيم اليد في موارد الشك، وإن من كانت بيده أرض تكون يده حاكمة بأنها مملوكة له. وحينئذٍ، يترتب عليها صحة تصرفاته في تلك الأرض من البيع والوقف بأنواعه حتى ما كان من قبيل الأوقاف العامة: كالمساجد والمدارس ونحوها فيكون الحال في تلك الأراضي التي تحت اليد حال المملوكات الشخصية فإذا طرأ عليها الاستملاك من قبل الدولة، وأصبحت شوارع لعبور الناس ومرورهم فقد ذكروا لتصحيح هذا العبور وجوهاً:

الأول: التخريج على أن هذه أموال أعرض عنها أصحابها بناءاً على أن الإعراض عن الشيء من قبل مالكه يكون موجباً لانسلاخ الملكية عن مالك ذلك المعرض عنه.

وقد رد شيخنا (دام ظله) هذا القول بجوابين:

---

(١) السيد البروجوردي: جامع أحاديث الشيعة/ ٨، ٦٢٠.

أولاً: إنه لم يعلم تحقق الإعراض من أصحاب الدور والمحلات بل غاية ما في البين أنه قد حصل اليأس لهؤلاء واليأس لا يعبر عن الإعراض بل هو غير الإعراض كما هو واضح.

وثانياً: إن الإعراض على تقديره لا يكون موجباً لانسلاخ الملكية حتى ولو صرح المالك بذلك وقال: (نفيت ملكيتي عنها) أو قوله: (أعرضت عنها) فإن هذا التصريح لا يكون موجباً لزوال الملكية فكيف لو علمنا من حالة عدم الأعراض.

فإن زوال الملكية له طرقه الخاصة المقررة من قبل الشارع المقدس كالبيع والهبة ونحوهما. والمفروض أن واحداً من هذه الطرق لم يحصل بالنسبة لما نحن فيه من الدور المعرض عنها، ولا دليل على أن مجرد الأعراض موجب لزوال الملكية.

الثاني: أن يقال بأن هذا العبور مسموح من قبل المالك ولو بشاهد الحال من أن صاحب الملك بعدما رأى ما ابتلى به الناس من جهة العبور على ملكه فإنه يبيح لهم التصرف فيها، ولا ينافي ذلك أنه يحقد على من غصبه ملكه، وكان السبب في تهديم بيته وجعله في عرض الشارع.

والجواب عنه:

إن هذا المقدار من شاهد الحال لا يصحح لنا العبور في الشوارع إذ ربما كان في البين صغيراً، أو وقف فكيف نحرز رضاء هؤلاء، وهل يسرى شاهد الحال على هؤلاء؟

الثالث: أن يدّعى لجواز العبور في الشوارع أن تغطى الأرض فرشة من الآجر، أو السمنت أو القير وما شابه ذلك، مما يعد تبليطاً للأرض وحينئذ فإن ما توضع عليه القدم في أثناء العبور ليس هو نفس الأرض، وإنما هو ما وضع عليها من أحجار التبليط، فلم يبق إلاّ العبور في الفضاء، وليس هو بتصرف في المملوك وينظر لذلك بعبور الطائرات في الفضاء في المملوك للناس، وهكذا في رمي الحجارة من أحد الجانبين إلى الآخر.

ولكن شيخنا (دام ظله) ناقش هذه الدعوى من وجوه:

أولاً: إن العبور على الحجر المعتمد على الأرض لا يخلو من كونه تصرفاً في نفس الأرض.

وثانياً: إن عدم حد العبور في الفضاء تصرفاً في ملك الغير لا يخلو عن تأمل. ولعل ما يرى بحسب الإرتكاز في الطائرة من عدم كونه تصرفاً فلعله من جهة علوها الخارق على وجه يخرج الفضاء عن كونه مملوكاً، نظير العبور تحت الأرض مما يعد خارجاً عن المملوك المتعارف وأن حدوده بكونه من تخوم الأرض إلى عنان السماء فإنه لا يخلو عن تسامح، والمدار على الصدق العرفي، وهو متحقق في الفضاء الذي يكون داخل الدار وقريباً من سطحها الأعلى.

وثالثاً: إنه لعل منشأ التسامح في مثال الطائرة، ورمي الحجر هو عدم اهتمامهم بذلك التصرف إذ لا يقدّر بالمالية لقلته وحقارته، لا أنه ليس بتصرف ولأجل ذلك يمنعونه أشد المنع لو كان بقائياً كما لو وضع صاحب الدارين اللتين بينهما دار لآخر جسراً من أحدهما إلى الآخر، وبنى عليه طابقاً. بل لو عبر بالطائرة لكن عند الوصول إلى فضاء الغير سكن حركة الطائرة، بنحو تبقى معلقة في الفضاء، أو تهبط وتعلو. وعلى أي حال، إن هذا الذي يتسامحون فيه هو التصرف العبوري السريع سواء كان لأجل المسامحة فيه، أو كان لأجل أنه لا يعد تصرفاً في نظرهم. أما لو جلس في ذلك الطريق أياماً أو بنى فيه محلاً، أو صلّى فيه كان ذلك غير داخل في العبور المذكور.

الرابع: من وجوه تصحيح العبور بأن يقال:

إن هذه أموال لا يمكن إرجاعها إلى أصحابها، وحينئذٍ، يجرى عليها ما ذكره الشيخ الأنصاري(رحمه الله) في مكاسبه حيث قال [1]: (ثم إن حكم تعذر الإيصال إلى المالك المعلوم تفصيلاً حكم جهالة المالك، وتردده بين غير محصورين في التصدق استقلالاً أو بإذن الحاكم كما صرح به جماعة منهم المحقق في الشرائع وغيره).

---

(١) الشيخ الأنصاري: المكاسب المحرمة/ ٢، ١٩٣..

أما المحقق الحلي (رحمه الله) فقد قال في هذا الصدد حسبما يشير إليه الشيخ الأنصاري (رحمه الله) في عبارته المذكورة (جوائز الجائر إن علمت حراماً بعينها فهي حرام. وإلاّ فهي حلال، فإن قبضها، أعادها على المالك. وإن جهله أو تعذر الوصول إليه، تصدق بها عنه) (١).

والذي يظهر من عبارة الشيخ في مكاسبه ـ حسبما تقدمت ـ أن المال الذي لا يمكن إرجاعه إلى صاحبه المعلوم يكون بحكم مجهول المالك، وحينئذٍ، فلابد فيه من الرجوع إلى الحاكم الشرعي.

ولكن شيخنا الأستاذ (دام ظله)، رد هذا الوجه: بأن ما ذكره الشيخ الأنصاري (رحمه الله) إنما هو في المال الذي يكون تحت يد الإنسان في الوقت الذي يكون صاحبه معلوماً، ولا يمكن إرجاعه إليه دون ما لم يكن تحت يده بل كان تحت يد الغاصب الجائر كما فيما نحن فيه من الشوارع المفتوحة من قبل الحكومة.

خامساً: أن يقال بإباحة العبور في هذه الأراضي. لأنها، أرض غير مسورة وليست بمحجبة ليمتنع العبور فيها. ويستشهد لذلك بما في العبور في بساتين الناس وأراضيهم الواقعة فيما بين النجف وكربلاء مثلاً، بل، وفي كل مكان. فإن السيرة جرت على الاستطراق في تلك الأراضي مع عدم مراجعة المستطرقين لمالكيها لتحصيل الإذن لهم بذلك.

ويحدثنا شيخنا (دام ظله)، أنه كان قد سمع ذلك من المرحوم السيد أبو الحسن الاصفهاني (رحمه الله) في معرض الحديث عن العبور في الشوارع المستحدثة من قبل الدولة. وكان تعبيره ـ السيد الأصفهاني (رحمه الله) ـ باللفظ الفارسي كما يلي: (زمينهائيكة در وديوار ندارد عبور ومرور أز أو جائز است) أي: إن الأراضي التي ليست مسورة ومبوبة لا مانع من العبور فيها.

---

(١) المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ ٢، ٢٦٦.

والجواب عن هذا الوجه الخامس:

إن هذا المقدار من السيرة غير قابل للإنكار، ولكن الكلام في منشأ هذه السيرة، وهو على نحوين:

فمرة نقول: إن المنشأ لذلك إنما هو احراز العابرين لرضا المالكين باعتبار شاهد الحال، ولو بأن تكون تلك الشواهد حجة عقلائية على رضا المالكين بعبور الناس في أراضيهم. إلاّ أن هذا ليس بنافع، لأن لازمه الامتناع عن العبور في الصورة التالية. لو صرح المالك بعدم الرضا في الاستطراق بأرضه أو لو كان في البين وقف، أو كان في البين قاصر. فكيف يسوغ للإنسان العبور في هذه الصور؟

وثانية: يكون منشأ السيرة وجهاً آخر يراه شيخنا الأستاذ هو المتعين في البين وهو:

إن الشارع المقدس تلطفاً منه، ورعاية للمنة على عبيده قد جعل حقاً للغير بهذا النحو من الملكيات المتسعة الحاصلة بالحيازة، أو الإحياء ولا حق للمالك أن يمنع الناس من هذه التصرفات الخفيفة، كالعبور في أراضيه، أو الشرب من النهر الذي كراه لإيصال المال إليه، أو الوضوء والغسل، والغسل من ذلك الماء حيث لا تضر هذه التصرفات بمالكية المالك لتلك الأراضي والأنهار، وإن الشارع المقدس حيث أنعم على هؤلاء بهذه الأراضي وما شاكلها، لم يكن ليغمط حق الضعيف، وحق النوع البشري من الإستفادة بهذه الأرض بهذا المقدار من الإستفادة الخفيفة، ولا أقل من اتصال هذه السيرة بالأئمة المعصومين من أهل البيت (عليهم السلام) وعدم ردعهم عنها.

وفي مكان آخر: نرى الشارع المقدس راعى حق الغير فأباح للمارة أكل الثمرة الواقعة في عرض الطريق كما صرحت به الأخبار، ومن تلك الأخبار، ما ورد عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (عليه السلام) في جواب السؤال عن أكل تلك الثمرة فيقول: (أمر بالثمرة فآكل منها قال: كل ولا تحمل)[1].

---

(١) الحر العاملي: المصدر المتقدم/ ١٨، ٢٢٧، ح٤، باب جواز أكل المار من الثمار...

وزاد في أحد طرقه: (قلت: جعلت فداك أن التجار اشتروها ونقدوا أموالهم. قال: اشتروا ما ليس لهم) [١].

ومن التعبير الصريح يظهر لنا، أن المالك ليس له الحق في منع المارة من الأكل من تلك الثمار، وليس له أن يمنعهم من حقهم الذي جعله الله لهم فيها.

وفي مكان آخر يسأل السائل الامام الصادق (عليه السلام) أيضاً: (سألته عن الرجل يمر بالبستان، وقد حيط عليه، أو لم يحط عليه هل يجوز له أن يأكل من ثمره؟ ...إلى قوله(عليه السلام) ...: لا بأس أن يأكل ولا يحمله ولا يفسده) [٢].

ورواية ابن أبي عمير سأله عن الرجل: (يمر بالنخل والسنبل والثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضرورة أو غير ضرورة؟ قال: لا بأس) [٣].

وفي رواية عبد الله بن سنان يقول الإمام الصادق (عليه السلام): (لا بأس بالرجل يمر على الثمرة يأكل منها ولا يفسد، قد نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أن تبنى الحيطان بالمدينة لمكان المارة. قال: وكان إذا بلغ نخلة أمر بالحيطان فخرقت لمكان المارة) [٤].

كل هذه الأخبار، وغيرها ظاهرة بعد ضم بعضها إلى بعض فيما ذكرناه من وجود حق للناس في هذا النوع من الأملاك بدرجة أنه يجوز الأكل حتى ولو صرح المالك بعدم الرضا المعبر عنه بحياطته لتلك البستان.

ومن هذا المجموع نفهم نقطة أخرى وهي، أن أصل الملكية في هذه الأرض الواسعة، والتي تقع طرق الناس في ضمنها ملكية مقيدة، وليست بمطلقة. فالرجل يملك الأرض مع وجود حق للغير في العبور فيها، ويملك البستان مع وجود حق للمارة من الاقتطاف من ثمرها كل هذا صحيح ومسلّم، ولكنه لا ينفعنا للعبور فيما

---

(١) المصدر المتقدم.

(٢) المصدر المتقدم: ح٥.

(٣) المصدر السابق: ح٣.

(٤) الحر العاملي: ٩، ٢٠٣، ح١، باب جواز أكل المارة من الثمار....

نحن في صدد بحثه من الشوارع، والطرق المستملكة من دور الناس ومحلاتهم، فإنّ الملكية لهذه الدور والمحلات لم تكن مقيّدة بالاستطراق فيها لأن المسوغ لذلك فيما لو كانت الملكية طارئة على وجود حق الاستطراق والاقتطاف، وحينئذٍ، فتكون ملكيته من أول الأمر مقيّدة بوجود هذا الحق.

وحينئذٍ، فلا تكون السيرة شاملة لما نحن فيه من الشوارع الجديدة المستحدثة من قبل الدولة:

وسادساً: ما ذهب إليه بعض الأجلة من الماضين، ويعتقد شيخنا (دام ظله) أنه المرحوم الميرزا محمد تقي الشيرازي من إجازة العبور في هذه الشوارع نظراً إلى المصلحة العامة، ويتولى الحاكم الشرعي باعتباره ناظراً في تلك المصلحة إجارة الأرض عن أصحابها لأجل عبور الناس ومرورهم، وهي منفعة ضئيلة لا تقابل إلاّ بشيء قليل من المال ويصرف ذلك المال في سبيل الله عن أصحاب تلك الأرض سواء كان المالك لها قاصراً أو موقوفاً عليه.

وإن شاء نفس المستطرق أن يتصدق لمرة واحدة بشيء قليل من المال عن أصحاب تلك الأرض، وذلك يكون كافياً لعبوره ومروره إلى الأخير، ولكن باجازة من الحاكم الشرعي.

وقال شيخنا الأستاذ (دام ظله)، إن هذا الوجه هو الأحوط بعد انسداد تلك الطرق الخمسة.

نعم، أنه يحتاج إلى اثبات ولاية الحاكم الشرعي وعمومها لما يتوقف عليه النظام، وقد حققنا في محله عدم قصور أدلة ولاية الحاكم عن مثل ذلك، وإن منعنا منها فيما لا يتوقف عليه الانتظام كالحدود ونحوه مما هو من خصائص الإمام (عليه السلام).

المساجد الواقعة في الشوارع [1]:

بعدما عرفنا حال الفضلات الباقية من الدور والحوانيت، والخانات. فلابد من ملاحظة الفضلات الباقية من المساجد التي تقع كبقية الدور في الشوارع وما يجري عليها من الأحكام.

ما هي المسجدية؟

ولمعرفة ما نحن بصدد بحثه لابد لنا من النظر إلى حال المسجدية، وأن زوال عنوان المسجدية، بحسب النظر العرفي، هل يكون موجباً لانسلاخ عنوان المسجدية بحسب النظر الشرعي أيضاً؟

أو أن المسجدية الشرعية لا تكون زائلة، بل هي باقية على حالها وإن انسلخت المسجدية بحسب النظر العرفي؟

وطبيعي، إن القول بتبعية الانسلاخ الشرعي، إلى الانسلاخ العرفي يستلزم سقوط جميع الأحكام التي كانت مترتبة على هذه الأرض حال كونها مسجداً. وحينئذٍ، يكون حال هذه القطعة حال المباحات الأصلية كالأراضي الخرابية فتعود ملكاً لمن أحياها، وعليه، فلا مانع من تملكها لكل أحد من دون احتياج لمراجعة الحاكم الشرعي، ولا أقل من الاستئجار منه، أو الشراء لأن الجميع في جهة التملك على حد سواء، فإن من أحيا أرضاً فهي له.

ومن هذا يتضح لنا، الفرق بين المساجد والموقوفات التي تؤول إلى التلف بحيث يزول عنها العنوان، فإن انسلاخ العنوان عنها يوجب بطلان جهة وقفيتها، وإذا بطلت جهة الوقفية فيها فلابد من رجوعها إلى مالكها الأصلي.

وهذا بخلاف المساجد فإن مجرد طرو الوقف عليها يكون موجباً لتحريرها

---

(١) هذا البحث وما يليه من البيع، والكنائس، ومقابر المسلمين مقتبس مما كتبناه في درس الفقه على العروة الوثقى من محاضرات شيخنا الأستاذ – دام ظله – عند التعرض لحال المساجد والمشاهد المشرفة.

وانفكاكها عن ملك مالكها الأصلي فتكون مباحة لو طرء عليها ما يزيل عنها جهة مسجديتها، ويشترك جميع المسلمين بهذه الإباحة من غير خصوصية للمالك الأصلي لخروجها عنه وعن ملكيته بمجرد الوقف.

هذا الآثار تترتب على القول بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للانسلاخ بحسب النظر العرفي.

وأما القول بعدم الانسلاخ، بحسب النظر الشرعي تبعاً لزوال المسجدية بحسب نظر العرف، فيترتب عليه بقاء جميع الأحكام الشرعية التي كانت مترتبة على عنوان المسجدية، وإن لم يكن ذلك الموضع مسجداً عند العرف لاندراس آثاره.

أما شيخنا الأستاذ (دام ظله)، فقد اختار القول بعدم التبعية من الشارع في هذا المورد، بل تكون آثار المسجدية شرعاً باقية حتى ولو زالت عنه بحسب النظر العرفي.

بتحقيق، أن المسجد لا يخرج عن كونه من العناوين الاعتبارية والتي اعتبرها العقلاء وأمضاه الشارع المقدس فهو من هذه الجهة كسائر الاعتبارات العقلائية الممضاة من قبل الشارع المقدس، والتي لا يطرئها الجعل مرة ثانية، وهذا المقدار لا ينعدم بمجرد خرابه، وزوال مظهره الخارجي، ذلك لأن العناوين المجعولة:

منها: ما يطرئه الجعل مرة ثانية فيزول ما جعل أولاً ليحل محله العنوان الجديد، وهذا كما في الزوجية والرقية. فإن الرقية يمكن أن يطرئها الجعل فتزول بجعل الحرية، وقول المالك أنت حر، وكذا الزوجية فإنه يمكن زوالها بجعل الطلاق ممن أخذ بالساق.

ومنها: ما لا يطرئه الجعل مرة ثانية، وهذا كما في الحرية الطارئة بعد الرقية لأن الحر لا يعود رقاً بعد صيرورته حراً.

ومن هذا القبيل، عنوان المسجدية فإن المسجد بعد جعله واعتباره مسجداً لا يمكن أن يعود إلى حاله الأول قبل صيرورته مسجداً، وإن زالت آثاره بحسب النظر العرفي.

إذن، فتكون نتيجة هذا الرأي هو بقاء جميع الأحكام السابقة والتي كانت مترتبة على المسجد قبل انهدامه من غير فرق بين السابق واللاحق.

الفرق بين وقف المساجد والوقف على المسلمين:

ومما تقدم يعلم، أن وقف المساجد ليس من قبيل الوقف على المسلمين ليصلوا فيه ليكون عدم الصلاة، وعدم المصلين وفقدانهم من قبيل تعذر الجهة الموقوف لأجلها.

كما أنه ليس من قبيل الاخراج عن الملك كالإعراض ليبقى جائز التملك.

وفي الوقت نفسه، ليس من قبيل التحرير لأجل صلاة المسلمين فيه، ليكون أيضاً من موارد تعذر الجهة الموقوف لأجلها عند فقدان المصلين فيه، بل أن المسجدية ـ كما قلنا ـ ليست إلاّ عنوان اعتباري عقلائي، وقد أمضى الشارع المقدس ذلك العنوان وذلك الاعتبار ولا يرتفع هذا النوع من الاعتبار والإمضاء، بل يكون باقياً حتى ولو زالت الآثار الخارجية.

الآثار المترتبة على بقاء عنوان المسجدية:

وحيث اختار شيخنا (دام ظله) بقاء المسجدية الشرعية فإن آثار المسجد تكون باقية بأجمعها. وأشخص تلك الآثار، هو عدم جواز التنجيس لتلك الفضلات التي تقع في الشوارع، ويجب تطهير ما تنجس منها. أما بقية الآثار: كالانتفاع بما بقي من المسجد من جعله داراً، أو محلاً للسكنى، أو الكسب، أو الزرع، وما شاكل ذلك فهذه تختلف فيما بينها.

ولكن الميزان الأولى فيها، أن لا يكون ذلك الانتفاع منافياً للمسجدية، وإن لم يكن بعمله ذلك مزاحماً للمصلين. أما لو نافى ما عمله لعنوان المسجدية فهو غير جائز، ولكن لا يترتب عليه آثار الغصب، بل ولا أي ضمان للمنافع لما تبين من عدم المضمون له في البين، وإن المنفعة غير مملوكة له، ولذلك لا يجوز إيجاره على الغير لأن هذا المتصرف لا يملك ما تصرف به، ولا يملك منفعته. بل غاية الأمر، أن له

الانتفاع بها لا ينافي المسجدية، وهذا وحده لا يكون مصححاً للإجارة.

وتظهر ثمرة القول، بالغصب في هذه الصورة وعدمه في موارد منها، الصلاة في ذلك المحل فإنه لو كان غاصباً لكانت صلاته قد وقعت في محل مغصوب، أما على القول بعدم الغصب فتكون صلاته قد وقعت مع فعل محرم قد صدر منه.

والآن وحيث اختار شيخنا الأستاذ (دام ظله)، بقاء عنوان المسجدية الشرعية، فلابد من القول بوجوب تطهير الفضلات الباقية من المساجد وعدم جواز تنجيسها كما عرفته.

ولكن السيد الطباطبائي (رحمه الله) في عروته، ذهب إلى التفكيك بين هذين الحكمين فقال: (إذا تغير عنوان المسجد بأن غصب وجعل داراً، أو صار خراباً بحيث لا يمكن تعميره، ولا الصلاة فيه وقلنا بجواز جعله مكاناً للزرع ففي جواز تنجيسه وعدم وجوب تطهيره كما قيل اشكال، والأظهر عدم جواز الأول بل وجوب الثاني)[1].

وهذه العبارة تعطينا بالنظرة الأولى إمكان التفكيك بين الحكمين عدم جواز التنجيس ووجوب التطهير إلاّ أنه (رحمه الله) بهذا الإضراب المتمثل في قوله (بل وجوب الثاني)، يختار إلحاق عدم جواز التنجيس بوجوب التطهير، ومن المعلوم، أنه لا وجه للتفكيك بين هذين الحكمين: حرمة التنجيس، ووجوب التطهير فمن يقول: بانسلاخ المسجدية الشرعية إضافة إلى الانسلاخ العرفي فلابد له من القول بارتفاع كلا هذين الحكمين. فلا يجب التطهير ولا يحرم التنجيس.

وأما لو قلنا: ببقاء المسجدية الشرعية كما هو رأي شيخنا (دام ظله) حتى ولا زالت المسجدية العرفية فإنه لا وجه للتفكيك أيضاً لأن هذه البقعة من الأرض لا تزال مسجداً، فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهير ما تنجس منها، أو على

---

(١) السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي: العروة الوثقى/ ١، ١٨٤.

الأخص لو استفدنا من الأدلة القائلة (جنبوا مساجدكم النجاسة) [١] وما ماثلها لهذا النوع، مما ذهبت مسجديته العرفية، وبقيت مسجديته الشرعية فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهيرها. لأن هذه القطعة من الأرض مشمولة لهذه الأدلة الآمرة بتجنيب المساجد عن النجاسة.

هذا لو علمنا، شمول الأدلة لتلك أو عدم الشمول، وحتى لو حصل لنا الشك ولم نعلم بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للمسجدية العرفية فأيضاً لا يجوز التفكيك بل لابد من وجوب التطهير، وعدم جواز التنجيس تمسكاً بالاستصحاب القاضي بذلك.

بيان الاستصحاب:

إن هذه الأرض كانت قبل أن يطرئها الخراب محطاً لكلا هذين الحكمين: عدم جواز التنجيس، ووجوب التطهير. والآن نشك في بقاء هذين الحكمين، وبمقتضى الاستصحاب يثبت لنا أن هذه الأرض بعينها الآن أيضاً لا يجوز تنجيسها، ويجب تطهيرها.

إذن، فعلى جميع الصور تبين لنا عدم وجود وجه للتفكيك بين الحكمين. بل الحال فيهما واحد فإما أن يرتفعا معاً أو يتحققا معاً.

ولم يكن السيد الطباطبائي (رحمه الله) الوحيد الذي يفتح باب التفكيك بل أن شيخنا الأستاذ المرحوم النائيني (رحمه الله) أيضاً ذهب إلى القول بالتفكيك لذا قال في حاشيته على عبارة العروة المتقدمة. (إذا خرج عنوان المسجدية، وبطل رسمه بالكلية، فالأظهر عدم وجوب تطهيره، وإن كان جواز التنجيس لا يخلو عن اشكال).

ولا شيء على المرحوم النائيني (رحمه الله) في هذا التفكيك حيث استظهر عدم وجوب التطهير خلافاً للاستصحاب القاضي بوجوبه ذلك لأنه يرى هذا الاستصحاب من الاستصحاب التعليقي، لأن وجوب التطهير في السابق كان معلقاً

---

(١) الحر العاملي: المصدر السابق: ٥، ٢٢٩، باب استحباب تعاهد النعلين عند باب المسجد...

على تحقق النجاسة. بمعنى، أنه إذا تنجس يجب تطهيره، ومما هو معروف لدى الجميع أن المحقق النائيني (رحمه الله) لا يرى صحة الاستصحاب إذا كان تعليقاً، ولا مجال لنا في هذه العجالة لبيان الوجه الذي يستند عليه الشيخ المحقق النائيني (رحمه الله) لعدم حجية الاستصحاب التعليقي (١).

وعلى أي حال فحيث كان المرحوم النائيني (رحمه الله) يرى عدم حجية الاستصحاب التعليقي فلم يقل هنا بوجوب التطهير، ولكن الذي ظهر من عبارته المتقدمة هو إجراء الاستصحاب، والتمسك به بالنسبة إلى الحكم الثاني، وهو عدم جواز التنجيس على إشكال في ذلك.

ولعل منشأ الاشكال، في حرمة التنجيس بعد أن كان الاستصحاب قاضياً بذلك هو عدم معرفة موضوع هذا الحكم - وهو عدم جواز التنجيس - فهل الموضوع فيه هو المسجدية العرفية؟ ومن البين أنها قد زالت لأن العرف لا يرون هذا الطريق مسجداً الآن، وإن كان في السابق مسجداً وبزوال المسجدية عندهم تزول جميع الآثار المترتبة عليها كما في اكرام الشخص العادل فإن عدم الاكرام متعين لو صار هذا الشخص فاسقاً.

أو أن الموضوع للحكم بعدم جواز التنجيس هو، ذات المسجدية وعنوان المسجدية حالة من الحالات الطارئة على الذات، وحينئذٍ، فزوال الحالة لا يكون موجباً لزوال تلك الأحكام الواردة عليها المفروض بقاؤها، وتبعاً لبقائها تبقى الأحكام الثابتة لها، كما هو الحال، في الماء الذي تنجس بالتغير فإن زوال هذه الحالة لا يكون موجباً لزوال الحكم، وهو النجاسة لذلك الماء، هذا هو منشأ الاشكال.

إلاّ أن الوجه في جريان الاستصحاب هو، أن هذا الحكم، وهو حرمة التنجيس

---

(١) لقد تعرض شيخنا الأستاذ (دام ظله) لبيان وجهة نظر أستاذه المرحوم الشيخ النائيني في عدم حجية الاستصحاب التعليقي في دروس الفقه على العروة الوثقى، ولا مجال لنا هنا للتعرض إلى ذلك، وقد تعرض لهذا البحث في الجزء الأول من دليل العروة الوثقى: ص٥٠٢ تقريرات شيخنا الأستاذ لمؤلفه العلاّمة الشيخ حسن سعيد الطهراني.

كان ثابتاً قبل هذا الحال، وعند الشك في بقائه الآن نستصحب فيثبت لنا عدم جواز التنجيس.

إلاّ أن الإشكال في هذا النوع من الاستصحاب واضح لأن الشك كان في بقاء الموضوع، ومع الشك في بقاء الموضوع لا يجري الاستصحاب.

على أنا نتمكن من القول بأن الاستصحاب في طرف وجوب التطهير تنجيزي وليس بتعليقي كما يراه المحقق النائيني (رحمه الله) وتقريب ذلك:

يظهر لنا مما بيناه سابقاً، من أن حرمة تنجيس المسجد، ووجوب تطهيره حكمان قد استفيدا من دليل واحد استقر عليه رأي شيخنا الأستاذ (دام ظله)، أخيراً، وهو (المنع من تقريب النجاسة إلى المسجد حدوثاً وبقاء).

وإن شئت فقل، إن المسجد يجب على المكلفين أن يحافظوا عليه من ناحية طهارته دائماً، وعصيان هذا التكليف يتحقق بأحد أمرين:

الأول: أن يعمد المكلف إلى تنجيسه.

الثاني: أن يترك المكلف تطهيره.

إذن، فليس التكليف إلاّ واحداً، وإنما الاختلاف في طرق عصيانه، وعليه، فليس في البين تكليف شرعي بالتطهير على تقدير النجاسة ليكون تعليقياً. ويتبين منه، أن وجوب التطهير كحرمة التنجيس تنجيزي، وحينئذٍ، فيجري الاستصحاب في الطرفين.

ولجريان الاستصحاب، وعدم جريانه، ومعرفة إمكان التفكيك بين هذين الحكمين: وجوب التطهير، وعدم جواز التنجيس لابد من ملاحظة المسجدية في نظر العرف، ومعرفة حقيقتها، وهي لا تخرج عن واحد من ثلاث:

١ـ إما أن تكون موضوعاً.

٢ـ وإما أن تكون حالة.

٣ـ وإما أن تكون علة.

أما لو كانت موضوعاً، فلا معنى لبقاء الحكم لأنه ذاهب بزوال موضوعه فلا معنى لجريان الاستصحاب حينئذٍ.

وأما لو كانت حالة، فلا إشكال في بقاء الحكمين، ولو حصل الشك كان الاستصحاب جارياً.

وأما لو كانت علة، بحيث كان العرف يرى بأن المسجدية علة لطرو الحكم على الذات، فحينئذٍ، ينفتح علينا مورد جديد للبحث فيه والنظر إلى هذه العلة فهل هي علة محدثة، أو مبقية؟ بمعنى أن العلة تارة: تكون بنحو إذا حصلت فالحكم لا يكون وجوده منوطاً ببقائها، بل يكون باقياً حتى ولو زالت العلة التي كانت سبباً في حصوله، وتكون العلة حينئذٍ محدثة ومبقية.

وثانية: تكون علة محدثة فقط ومعنى ذلك أنه لابد لبقاء الحكم من وجودها وإلاّ فبزوالها يزول الحكم، ويكون وجود الحكم في هذه الصورة دائراً حول وجود العلة في الحدوث والبقاء.

والعرف مع هذه العلة، وهي المسجدية فإن عرف نوعية هذه العلة، وأنها من أي قسم من المحدثة، أو المبقية فقد انتهت المشكلة وعلى ذلك يرتب الحكم الشرعي.

وأما لو حصل الشك من نوعية هذه العلة، وهل أنها محدثة أو مبقية؟ والتبس علينا الأمر جاء دور الاستصحاب ليكون هو المرجع في هذه الحالة فيقال: إن هذه الذات كانت محكومة بحرمة التنجيس ووجوب التطهير عندما كانت مسجداً قائماً معموراً، والآن وبعد طرو الخراب عليها نشك في بقاء ذلك الحكم بعد زوال العلة، والتي هي معموريته فنستصحب وجود الحكم ويثبت لنا بفضل ذلك تحريم التنجيس ووجوب التطهير.

والآن وبعد هذه الجولة، عرفت أنه لا مجال للتفكيك بين الحكمين المذكورين فلا وجه لما ذهب إليه المحقق النائيني (رحمه الله) بل وجوب التطهير وعدم جواز التنجيس محكومان بحكم واحد، فأما الارتفاع معاً، أو البقاء معاً.

ولكن بعض الأجلة من الأعلام، ذهب إلى التفكيك بين الحكمين مستدلاً عليه بوجه آخر. وبيانه:

أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الإجماع، ودليل عدم جواز التنجيس لفظي، وإذا وصلت النوبة إلى أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الإجماع فإن القدر المتيقن من مورده هو ما كان المسجد فيه عامراً، وأما شموله لما نحن فيه حيث زالت الآثار والمعالم الدالة على المسجدية، فهو محل توقف ولأجله ثبت التفكيك بين الحكمين، وجوب التطهير، وحرمة التنجيس.

ويجيب شيخنا الأستاذ (دام ظله) عن هذا الدليل:

بأن دليل كلا هذين الحكمين لفظي، وليس وجوب التطهير قد استفيد من دليل لبي كما تقدم من ثنايا البحث.

وقد يعترض، بأن دليل كلا هذين الحكمين لبي مستفاد من الإجماع إذ الأدلة اللفظية كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾[1] وغير هذه الآية مختص بالمسجد الحرام، لأن هذه أحكام مختصة بذلك المسجد فلا يقربوه، وأما بقية المساجد فأحكامها مستفادة من الإجماع، ومن الواضح أن القدر المتيقن من الإجماع ما كان المسجد فيه معموراً. أما ما طرأه الخراب، والتغيير فالجاري فيه هو الأصول.

ولكن الجواب عن هذه الدعوى: واضح لما تقدم بيانه، من أن دليل كلٍ من هذين وجوب التطهير وحرمة التنجيس مستفاد من الأدلة اللفظية، وهي لا تفرق بين ما كان عامراً أو خراباً.

البيع والكنائس وما يتبعها:

ويتضمن البحث في هذه الجهة عن البيع، والكنائس، وما جرى على شاكلتها من معابد اليهود والنصارى، من حيث الحاقها بالمساجد والنظر من وراء ذلك فيما إذا وقعت في الشوارع، أو بقيت منها فضلات يمكن الاستفادة منها كحوانيت، وما شابه.

---

(١) سورة التوبة: الآية، ٢٨.

وطبيعة هذا البحث تقتضي تقسيم الموضوع إلى قسمين:

تارة: نتكلم عن البيع والكنائس الموجودة قبل وجود الدين الإسلامي الحنيف.

وأخرى: فيما استحدث من ذلك بعد الإسلام.

البيع والكنائس قبل الإسلام:

ولابد لنا من معرفة حقيقة هذه البِيع، وهل أنها تشترك مع المساجد في حقيقة واحدة لتجري عليها ما تحكم به المساجد، أم أنهما حقيقتان مختلفتان فتكون الأحكام الواردة على كل منهما مخالفة لما تقيدت به الطائفة الثانية؟

ويختار شيخنا الأستاذ (دام ظله)، الرأي القائل باختلاف حقيقة كل من هذين البيع والكنائس من جهة، والمساجد من جهة أخرى، فليس المسجد هو عين حقيقة البيعة أو الكنيسة، بل هذه وأمثالها اتخذت محلاً للعبادة لهم ومجرد هذا المقدار لا يكفي لإجراء أحكام المسجدية على معابدهم، بل إن نفس المسلمين لو اتخذوا لهم محلاً خاصاً للعبادة لأمكننا القول بعدم كون ذلك المكان مسجداً، ولا ينافيه أخذهم له مكاناً للعبادة إذ لم تجر عليه صيغة المسجدية واعتبار كون ذلك مسجداً بل مجرد معبدٍ فلا تجري الأحكام الواردة على المسجد عليها. فلا يجب تطهير ما تنجس منها، ولا يحرم تنجيس ما كان طاهراً، ولا يتقيد بالانتفاع بما بقى منها بما ينافي العنوان الذي كانت عليه قبل أن يحصل الخراب لأن هذه الأرض ليست بمسجد، ولا تجري عليها أحكام المسجدية.

هذا ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ (دام ظله)، من كونهما من الحقائق المختلفة.

ولذلك يتحرج من يرى اتفاقهما في الحقيقة، وأن حقيقة البيعة هي عين حقيقة المسجد، حيث يدعم هذا القول بأن الشائع التعبير عن البيع والكنائس بمساجد اليهود والنصارى، وأن ما حصل من الاختلاف فإنما هو في الاسم لا أكثر. والحراجة في ذلك، أنه من المعلوم أن للمساجد أحكاماً مترتبة عليها، وليست هي بمقتصرة على حرمة التنجيس، ووجوب التطهير، بل هناك جملة من الأحكام الأخر

فهل يشترك الجميع في هذه الأحكام؟ وطبيعي أن الاشتراك المذكور يتوقف على العموم المتكفل لسراية الأحكام، أو وجود إطلاق يدل على الشمول.

أما في صورة عدم وجود ما يدل على الشمول من إطلاق، أو عموم فلابد من التنزل إلى الإجماع، ولابد لنا من الأخذ بالقدر المتيقن منه، ولا يتعدى القدر المتيقن عن الاقتصار على مساجد المسلمين لا غير، وربما كان هذا التردد في أن البيع والكنائس هل تتفق حقيقة مع المساجد أو لا؟ وعلى فرض كونهما من حقيقة واحدة فهل في البين ما يدل على الشمول من عموم أو إطلاق أولاً؟ وهو الذي دعا السيد الفقيه الطباطبائي (رحمه الله) أن يتوقف بالنسبة إلى تنجيس مساجد اليهود والنصارى حيث قال (في جواز تنجيس مساجد اليهود والنصارى إشكال)[1].

وربما يشكل علينا، بالمساجد الثلاثة (المسجد الحرام) و (المسجد الأقصى) و(مسجد الكوفة) فيقال: بأن هذه المساجد وخصوصاً المسجد الحرام والأقصى ليست من المساجد المستحدثة في عهد الإسلام بل هي مساجد قديمة وثابتة من عهد إبراهيم الخليل (عليه السلام) إذن، فهي ثابتة قديماً وليست من مستحدثات شريعتنا الإسلامية. وعليه، فما هو الموجب للتفكيك بينها وبين البيع، والكنائس التي أوجدت قبل الإسلام ولابد من توحيدها في الحكم من جميع الجهات؟

ويجيب شيخنا الأستاذ (دام ظله) عن ذلك: بأن هذه المساجد الثلاثة كانت، ولا تزال مساجد من القديم من يوم خلق الله عز وجل هذه الأرض، وأوجدها، ولم يكن بناء سعد بن أبي وقاص إلاّ من المصادفة حيث أوقع البناء على تلك القطعة التي أختارها مسجداً للعبادة من الأزل، ومع ذلك فلا ملازمة بين هذا وبين إجراء أحكام المساجد على البيع والكنائس لاختلاف الحقيقتين كما عرفته، ولا ينافيه اشتراك الجميع في المعبدية.

وربما يعترض، بأن هذه المساجد كيف بقيت محافظة على مسجديتها مع عدم

---

(١) السيد الطباطبائي اليزدي: العروة الوثقى/ البحث عن المساجد والمشاهد المشرفة، مسألة ١٥.

خضوعها للشرائع المقدسة السابقة، كشريعة موسى (عليه السلام) وعيسى (عليه السلام) مع أنها لابد لها من الخضوع إليها فتتحول إلى بيع وكنائس بطبيعة الحال؟

ويجاب على ذلك:

أنه لا موجب للخضوع إلى الأديان السابقة، بل تبقى هذه المساجد محافظة على صيغتها الأولية من المسجدية، لأن الله شاء لها ذلك. بل نترقى لنقول: إن هذا سار بالنسبة إلى نفس نبينا الكريم محمد (صلى الله عليه وآله) وآبائه وأجداده الطاهرين حيث لم يخضعوا ليهودية ولا نصرانية، ولا لبقية الأديان التي مرت عليهم. بل كانوا متمسكين بالدين الحنيف دين إبراهيم (عليه السلام) كما صرح بذلك دستور الإسلام الخالد القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَاتَّبَعَ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا﴾[1].

فهؤلاء كانوا من الطينة الطاهرة التي شرفها الله على جميع البشر.

البيع والكنائس بعد الإسلام:

ويشمل البحث البيع والكنائس المستحدثة بعد الإسلام أي في أيام كفرهم وعدم متابعتهم للدين الإسلامي المجيد.

علماً بأن البحث لا يتناول ما يستحدثه الكفار في بلاد المسلمين من البيع والكنائس الآن، لأن هذه البيع والكنائس باطلة لمخالفتها لشرائط الذمة فيختص بحثنا بالبيع والكنائس التي يستحدثها الكفار في غير بلاد المسلمين.

وهذه لو لاحظناها لرأيناها خارجة عن طبيعة بحثنا ولم تتعلق بموضوعنا مباشرة، وهو ملاحظة حال الشوارع التي تستحدثها الدولة، لأنها خارجة عن بلاد المسلمين، إلاّ أنا نتكلم فيها من الوجهة العلمية، والبحث عن إمكان قصد التقرب من هؤلاء مع أن القربة لم تتوفر منهم، والتي هي الأساس في الوقف بالنسبة إلى المساجد والمدارس ونحوها.

---

(١) سورة النساء: الآية، ١٢٥.

ويقع الكلام عن مثل هذه الأوقاف في جهات ثلاث:

الجهة الأولى:

ويتناول البحث فيها عن أن مثل هذه الوقف إنما هو وقف على عباداتهم وعباداتهم لاشك في بطلانها لما تحقق في محله من بطلان عبادة هؤلاء الفرق فيكون هذا من قبيل ما لو وقف الإنسان محلاً لجهة محرمة فيكون الوقف فيها باطلاً بالضرورة.

الجهة الثانية:

إن مثل هذا الوقف وقف على طائفة مخصوصة لأن اليهود أو النصارى يوقفون بيعهم وكنائسهم على أهل نحلتهم، وكذا بعض فرق المسلمين حيث يوقفون مساجدهم على من يتبعهم. وحتى بعض الامامية يوقف مدرسة لطلاب العلوم الدينية وبضمنها مسجد لطلاب تلك المدرسة. فهل مثل هذا الوقف من الانحصار على طائفة مخصوصة صحيح أو لا؟

الجهة الثالثة:

إن الوقف محتاج إلى قصد القربة لأنه من العبادة، وقد قلنا ببطلان عبادة هذه الفرق والركيزة الأولية في الوقف هو حصول التقرب بذلك العمل إلى الله عز وجل، وكيف يحصل التقرب من هؤلاء؟

جهات ثلاث لابد من الالتفات إليها.

أما البحث عن الجهة الأولى:

وهم أنهم أوقفوا هذه المحلات لعباداتهم، وعباداتهم باطلة فنقول فيه:

أنه مما لاشك فيه أن الغاية من وقفهم إنما هي عباداتهم، وهذه العبادة تتصور على نحوين في نظر الواقف.

فمرة: يجعلها الواقف شرطاً في الوقف بحيث يقول: (أوقفت هذه الكنيسة أو هذه البيعة، وشرطت أن تكون للعبادة الفلانية).

وثانية: يجعلها ركناً في الوقف فيقول: (أوقفت هذه البيعة أو الكنيسة للعبادة الفلانية).

وعلى النحو الأول: فتكون المسألة من صغريات البحث عن أن الشرط الفاسد هل يوجب فساد المشروط أو لا؟ وبطبيعة الحال تكون المسألة مبنائية فمن يرى الفساد يقول بالبطلان، ومن لا يكون مثل هذا الشرط عنده مخلاً لم يقل بالبطلان.

وعلى النحو الثاني: فلا شك في بطلان هذا النوع من الوقف لكونه مخصصاً بشيءٍ محرم، وهو كما لو أوقف المحل لجهة محرمة.

وأما البحث عن الجهة الثانية:

وهي الوقف على جهة مخصوصة.

فإن المحذور الموجب للتوقف فيه أن وقف المساجد يكون من قبيل التحرير المطلق فالتقييد بفرقة دون أخرى مناف لهذا التحرير. وبتعبير أوضح، وقف المساجد يكون من قبيل الإيقاعات، وهي لا تقتضي التقييد ونحوه، وإن قلنا، فيما تقدم أن الوقف ليس من قبيل التحرير، ولكنّا مع هذا نتكلم هنا لحل الإشكال من الوجهة العلمية لنقول: أنه بناءاً على كون الوقفية في مثل هذه الأمور إنما هي من التحرير فما هو الحل لإشكال الاختصاص بفرقة دون أخرى المنافي للتحريرية، وبهذه المناسبة نتمكن أن **نتصور صوراً لمثل هذا الوقف:**

الصورة الأولى: أن يقول المالك حيث يريد الوقف: (أوقفت هذا المكان لخصوص طائفتنا). ولا شبهة في بطلان مثل هذا الوقف في هذه الصورة لأن ذلك من أكمل مصاديق التضييق المخالف للتحرير ولا يختلف حال هذا الوقف عن قول المالك (أعتقت عبدي لخصوص الجهة الفلانية)، فالتحرير ليس بمقيّد لجهة دون أخرى، والوقف في مثل هذه الحالات لا يختص بطائفة دون غيرها، وإنما يشترك الكل بها.

الصورة الثانية: أن يقول المالك (أوقفت هذا المكان بيعة لعباد الله إذا كانوا يهوداً، أو مسجداً للمسلمين إذا كانوا مسلمين) معتقداً في المثال الأول اليهودي أن

عباد الله إنما هم جماعتهم، وكذا المسيحي، وفي المثال الثاني يعتقد الواقف المسلم أن المسلمين إنما هم جماعتهم لا غير.

وفي هذه الصورة يقع الوقف صحيحاً لأن هذا الوقف في الحقيقة لنا نحن المسلمين لأنّا عباد الله الحقيقيون، وأما أولئك فعباداتهم باطلة وهم كفرة فليسوا بعبيد الله، وإنما اعتقده اليهودي مثلاً ولم يصرح به من أن عباد الله إنما هم جماعتهم لا يخلو عن كونه من قبيل الاعتقاد المقارن المخالف للواقع فهو خيال محض لا واقع له.

الصورة الثالثة: أن يقول اليهودي مثلاً: (أوقفت هذا المكان على عباد الله، وهم نحن) أو يقول المسلم من بقية الفرق: (أوقفت هذا المكان على المسلمين وهم نحن الفرقة الفلانية)، فإن هذه الصورة تكون من صغريات مسألة الخطأ في التطبيق لأن الواقف أوقف هذا المكان على عباد الله الحقيقيين معتقداً أنهم جماعته. وحينئذٍ، فحيث يتبين خطأه يكون الوقف صحيحاً كصورة الاعتقاد المقارن.

نعم، لو كان قصد الواقف في مثل ذلك من قبيل التقييد في أصل الإنشاء فيكون انكشاف الخلاف فيها موجباً للبطلان.

وعلى أي حال، ففي الصورتين الثانية والأولى، يقع الوقف صحيحاً لأنه إما من قبيل الاعتقاد المقارن، أو الخطأ في التطبيق.

وقد صحح لنا، مثل هذا الوقف كل من الشيخ كاشف الغطاء والشيخ صاحب الجواهر فقد قال الشيخ كاشف الغطاء(رحمه الله): (ولو كانت العبادة دخيلة في المعاملات من وقف، أو عتق ونحوهما حكمنا بصحتها، فمساجدهم كمساجدنا ومدارسهم، وكتبهم الموقوفة، ونحوها حالنا كحالهم فيها أو هي خاصة بنا لأن الغرض من الوقف الأعمال الصحيحة ولا تقع إلاّ بنا) [1].

وأما صاحب الجواهر فقد قال: (لكن هو فاسد من جهة أخرى، وهي قصدهم

---

(١) الشيخ جعفر كاشف الغطاء: كشف الغطاء/ ١، ٥٩، انتشارات مهدوي ـ اصفهان.

المسجد لصلاة أهل مذهبهم، وهو مع ما عرفت من منافاة التخصيص للمسجدية قاض بالفساد لأن لا صلاة لأحد من أهل مذهبهم كي يصح الوقف لها مسجداً، (وفيه) أن مجرد زعمه ذلك، وإن لم يكن صرح به بعد أن جعل الوقف للمصلين الذين هم حقيقة أهل الحق لا أهل مذهبه لا يقتضي الفساد بل الوقف في نفس الأمر لهم لا لغيرهم فيحرم صلاتهم فيه دونهم ضرورة صحة وقفهم وفساد ظنهم)[1].

وأما البحث عن الجهة الثالثة:

وهي احتياج الوقف لكونه من العبادات إلى قصد التقرب وكيف تحصل القربة من هؤلاء؟

فمن المعلوم، أن من يريد خوض هذا البحث لابد له من مواجهة أمرين أساسيين:

الأمر الأول: توقف الوقف على قصد القربة لكونه عبادة.

الأمر الثاني: بطلان عباداتهم للمفروغية عن ذلك فتكون النتيجة أن عباداتهم، وجميع وقوفهم باطلة بما فيها من كتب، ومدارس ومعاهد.

وهل هناك من يخدش في واحد من هذين الأمرين ليصح الوقف منهم؟

خلاف ونزاع بين الأساطين، مثل الشيخ كاشف الغطاء، والشيخ صاحب الجواهر، والمحقق الآخوند (رحمهم الله). ولهذا لابد من عرض كلماتهم لنسير على ضوئها فربما وصلنا إلى نتيجة.

أما الشيخ كاشف الغطاء(رحمه الله): فقد صحح وقفية مساجدهم، وما يتبعها من المدارس والكتب، وما شاكلها حيث جعل محط نظره بأن الوقف من العبادات فقال: (حيث بينا أن اعتبارها لا يمنع من صحته من الكافر بناءاً على كون المراد بالقربة ههنا قصدها وإن امتنع حصولها كما في العتق لعدم الدليل على اعتبار أزيد من ذلك كما في العبادات بالمعنى الأخص، ولذا ذهب الكل، أو الجل إلى اشتراط الوقف

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ١٤، ٧١.

بالقربة، وصحته من الكافر فإن الجمع لا يتسنى إلاّ على تقدير كون المراد بالقربة ما ذكر لا حصول التقرب فعلاً، لأن الكفر يمنع من التقرب).

والذي يظهر من كلامه(رحمه الله) أن المعتبر من القربة هنا ليس إلاّ قصد التقرب إليه تعالى، لا نفس القرب الحقيقي، لأنه ليس من شؤونه، وأعماله وأن الذي يحصل من الكافر هو قصده لذلك التقرب لا أكثر، وعليه فلا مانع من الوقف في نظره(رحمه الله).

وشيخنا الأستاذ (دام ظله) رد ما جاء به كاشف الغطاء:

بل لازم ذلك هو تصحيح جميع عباداته وعدم الاقتصار على موقوفاته لأن التقرب الواقعي المعبر عن نفس القرب لا يتمكن حصوله حتى ولو كان الواقف إمامياً، لأن القرب الحقيقي ليس من شؤون الواقف الامامي أيضاً وغاية ما في البين هو قصده التقرب، وهذا أيضاً حاصل في المخالف، وهذا لا يمكن الالتزام به، وهو تصحيح جملة عباداته.

أما صاحب الكفاية(رحمه الله) فقد أجاب عن ذلك قائلاً:

(وبصحة الوقف على الكافر حتى الذمي على البيع والكنائس، ومن المخالف المعلوم عدم صحة عبادتهما لفقد إيمانهما. ولا يخفي ما فيه لعدم إحراز كون الوقف عقداً ... إلى أن قال:

وأما صحة الوقف من الذمي أو العامي فغايته، الدلالة على أن الوقف ليس بعبادة بمعنى ما يعتبر فيه الإيمان من غير دلالة أصلاً على عدم اعتبار قصد القربة في صحته أصلاً كما لا يخفى ... إلى قوله:

وبالجملة اعتبار الإيمان في صحة سائر العبادات لدليل يخصها دون الوقف لا يوجب عدم اعتبار قصد القربة فيه أيضاً، وقد عرفت أنه قضية الأصل، وقد ادعى الإجماع كما أنه لا ريب في عدم اعتبار الإيمان منه إجماعاً).

والآن فقد ظهر لنا، أن الإيمان الذي يكون ركيزة في عدم حصول التقرب من الكافر ليس هو في الوقف، بل هو جارٍ في غير الوقف من العبادات لتصريح الأدلة

بجريانه وحصوله من الكبار من غير تقييد بإيمان. أولاً. وحينئذٍ، فيكون وقف مساجدهم صحيحاً لا مانع منه ويؤيده قيام الإجماع عليه.

والذي يرد على هذا:

أن التفصيل بين الوقف، وغيره واعتبار الإيمان في صحة التقرب إنما هو في غير موارد الوقف، وأما في الوقف فلا حاجة إلى الإيمان، كل ذلك لا دليل عليه، وأما الإجماع المذكور:

فربما نوقش فيه، من جميع جهاته.

إلاّ أن ذلك، قد يجبر بما ينبه عليه من اعتضاده بالأخبار الدالة على هذا المعنى. فإن ما أوجب صحة وقفية غير الإمامية الأخبار الواردة عن الأئمة (عليهم السلام) المتعرضة لأحكام المساجد في ذلك الوقت، ومن أن الامامية لم تكن لهم مساجد في ذلك الوقت لنحمل تلك الأخبار عليها فإذا حملناها على ذلك لزم أن لا يكون لها مورد. فلابد وأن تكون واردة في مساجد غير الإماميين.

ومن تلك الأخبار ما ورد عن الامام الصادق (عليه السلام).

حيث يسأله السائل: (ما تقول في هذه المساجد التي بنتها الحاج في طريق مكة؟ فقال: بخ بخ تلك أفضل المساجد... الخ الرواية) [1].

إذن، فترتيب الأثر على تلك المساجد لهو دليل على صحة الوقف فيها مع أنها مساجد لغير الإمامية لكونهم في ذلك الوقت يعتبرون أقلية، ومن صحة الوقف في مساجدهم يمكننا القول بصحة بقية موقوفاتهم من مدارس وكتب، وما شاكل. أما بقية أفعالهم العبادية كالصلاة، والصوم، وبقية العبادات فحق لنا أن نتوقف عن القول بصحتها بل هي باطلة لفقدانها لشرط أساسي له أهميته في عالم الوقف، وهو القربة مع أنها لا تتحقق منهم.

---

(١) الحر العاملي: المصدر السابق/ ٥، ٢٠٥، ح٦، باب استحباب بناء المساجد ولو كانت صغيرة...

مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع:

وكثيراً ما تقع المقابر في الطرق، وتبقى منها فضلات يستولي عليها البعض للاستفادة منها كدور وحوانيت وما شاكل. وقد أخذ الناس يستولون أخيراً على المقابر ليجعلوا منها دوراً لهم ويمنعوا فيها الدفن فما حكم ذلك؟

وقد استظهر شيخنا (دام ظله)، بأن حال هذه المدافن العامة التي يتخذها المسلمون كمقبرة لهم كحال المساجد، ولا شيء على من استغلها إلاّ العصيان لأنه منع المسلمين من الدفن فيها، ولا يتحقق الغصب منه لها، بل غاية ما في البين أنه منع حقاً ثبت لهم وهو الدفن. فعلى من أقدم على جعلها طرقاً يثبت العصيان، وكذلك على من استغل الفضلات الباقية منها أو من تجاوز عليها وجعلها دوراً، لا فرق في الجميع من جهة العصيان، ولاشيء على من يسير فيها لعدم تحقق الغصب في البين ليكون السير فيها موجباً لتحقق التصرف في مال الغير.

نعم، على رأي المرحوم الشيخ كاشف الغطاء(رحمه الله) يتحقق الغصب حيث ذهب إلى أن لكل بلدة توابع، ومرافق، ومنتزهات ومقابر ومزابل وما شاكل هذه، وتكون كل هذه ملكاً لأهل تلك البلدة، وحينئذٍ، فتكون حيازة المقابر وبنائها موجباً لغصب ملك المسلمين، وهم أهل تلك البلدة، وتترتب على ذلك جميع الأحكام المترتبة على المحل المغصوب.

ولكن شيخنا الأستاذ (دام ظله).

رد نظرية الشيخ كاشف الغطاء(رحمه الله) بما محصله:

بأن تبعية هذه الأمور ليست من تبعية المملوك لمالكه، بل هو من سنخ الحق. فإن لأهل كل بلدة أن يتنزهوا في هذه الحدائق، ويدفنوا موتاهم في تلك المقابر، ويلقوا بالقاذورات في تلك المزابل، وبحيازة هذه الأماكن يكون الشخص مانعاً لهم من استعمال ذلك الحق المذكور لا أنه غاصب لما تحت أيديهم من الملك.

نعم، القبر الذي دفن فيه الميت لا يصح تملكه، لأنه ملك للميت باعتبار حيازة

الدافن ذلك المقدار للمدفون فلا يصح أخذه، وأما ما فوق القبر وكذا بقية الأماكن الأخرى الخالية، فلا محذور في البناء عليها إلاّ ما تقدم أن بيناه من المنع من حق المسلمين والحيلولة دون استعمال حقهم.

هذا فيما لو كان بدن الميت وأجزائه باقية. وأما لو تلاشى واندرس فللغير أخذ ذلك المكان، أو الدفن فيه لأنه لم يعد هناك من يملك هذا المقدار من الأرض.

قاعدة الإلزام

ـ تعريف القاعدة

ـ أدلة القاعدة

ـ ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة

ـ تنبيه

ـ بقي في البين شيء

ـ موارد قاعدة الإلزام

تعريف القاعدة:

تطلق قاعدة الإلزام ويراد بها ترتيب الآثار الوضعية على الأشخاص من غير الشيعة بما يعتقدونه، ويدينون به متى كان ذلك في غير صالحهم، وكان مخالفاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام) كإلزامهم بأحكام الشفعة والميراث والطلاق مما ينفردون به عنا.

أدلة القاعدة:

وتنحصر أدلة القاعدة بالأخبار الشريفة الواردة عن الأئمة (عليهم السلام) وهي كما يلي:

١ـ مكاتبة إبراهيم بن محمد الهمداني. قال: (كتبت إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام) مع بعض أصحابنا فأتاني الجواب بخطه: فهمت ما ذكرت من أمر ابنتك، وزوجها فأصلح الله لك من أمرك ما تحب صلاحه فأما ما ذكرت من حنثه بطلاقها غير مرة، فانظر رحمك الله فإن كان ممن يتولانا ويقول بقولنا، فلا طلاق عليه لأنه لم يأت أمراً جهله، وإن كان ممن لا يتولانا، ولا يقول بقولنا، فاختلعها منه، فإنه إنما نوى الفراق بعينه) [1].

٢ـ ما عن الهيثم ابن أبي مسروق عن بعض أصحابنا، قال (ذكر عند الرضا(عليه السلام) بعض العلويين، ممن كان ينتقصه، فقال: أما أنه مقيم على حرام. قلت: جعلت فداك، وكيف وهي امرأته؟ قال: لأنه قد طلقها، قلت: كيف طلقها؟ قال: طلقها، وذلك دينه فحرمت عليه) [2].

٣ـ ما عن عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (قلت له امرأة طلقت على غير السنة، قال: تتزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج) [3].

---

(١) السيد البروجوردي: جامع أحاديث الشيعة/ ٢٢، ٨٠.

(٢) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٢٢، ٧٢، ح٢، باب أن المخالف إذا كان بعتقد وقوع الثلاث في مجلس...

(٣) الشيخ الطوسي: الاستبصار/ ٣، ٢٩٢، ح٣، باب أن المخالف إذا طلق زوجته ثلاثاً، وإن لم يستوف شرائط الطلاق كان ذلك واقعاً.

٤ـ وما عن عبد الله بن سنان، قال: (سألته عن رجل طلق امرأته لغير عدة ثم أمسك عنها حتى انقضت عدتها، هل يصلح لي أن أتزوجها؟ قال: نعم لا تترك المرأة بغير زوج)[١].

٥ـ وما عن علي بن حمزة، أنه سأل أبا الحسن (عليه السلام) (عن المطلقة على غير السنة أيتزوجها الرجل؟ فقال: ألزموهم من ذلك ما ألزموا أنفسهم وتزوجوهن فلا بأس بذلك)[٢].

٦ـ وما جاء عن عبد الأعلى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً؟ قال: إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك)[٣].

٧ـ وما عن محمد بن عبد الله العلوي، عن أبيه قال: (سألت أبا الحسن الرضا(عليه السلام) عن تزويج المطلقات ثلاثاً، فقال لي: إن طلاقكم لا يحل لغيركم، وطلاقهم يحل لكم، لأنكم لا ترون الثلاث شيئاً، وهم يوجبونها)[٤].

٨ ـ ورواية عبد الله بن طاووس قال: (قلت لأبي الحسن الرضا (عليه السلام) إن لي ابن أخ زوجته ابنتي، وهو يشرب الشراب، ويكثر من ذكر الطلاق، فقال: إن كان من أخوانك فلا شيء عليه، وإن كان من هؤلاء فأبنها منه، فإنه عنى الفراق. قال: قلت أليس قد روي عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: إياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد فإنهن ذوات الأزواج؟ فقال: ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، انه من دان بدين لزمته أحكامهم)[٥].

٩ـ وما عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: (سألته عن الأحكام قال:

---

(١) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٢٢، ٧٣، ح٤، الباب السابق.

(٢) المصدر المتقدم: ح٥.

(٣) المصدر السابق: ح٧..

(٤) المصدر المتقدم: ح٩.

(٥) المصدر السابق: ح١١.

تجوز على أهل كل ذوي دين بما يستحلون)[١].

١٠ـ وما عن عبد الله بن محرز (قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) ترك رجل ابنته، وأخته لأبيه وأمه، فقال: المال كله لابنته، وليس للأخت من الأب والأم، شيء. فقلت: فإنا قد احتجنا إلى هذا والميت رجل من هؤلاء الناس وأخته مؤمنة عارفة، قال: فخذ لها النصف خذوا منهم كما يأخذون منكم في سنتهم وقضاياهم)[٢].

١١ـ ما عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: (سألت الرضا (عليه السلام)، عن ميت ترك أمه، وأخوة وأخوات فقسم هؤلاء ميراثه، فأعطوا الأم السدس وأعطوا الأخوة والأخوات ما بقي، فمات الأخوات فأصابني من ميراثه فأحببت أن أسألك هل يجوز لي أن آخذ ما أصابني من ميراثها على هذه القسمة أم لا؟ فقال: بلى، فقلت إن أم الميت فيما بلغني قد دخلت في هذا الأمر أعني الدين، فسكت قليلاً، ثم قال: خذه)[٣].

ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة:

هذه الأخبار، وإن اختلف التعبير فيها إلاّ أنها تشترك جميعاً في ضابط واحد وهو، جواز الأخذ ممن دان بدين بمقتضى ما التزم به في دينه.

وصراحة هذه الأخبار في هذا المقدار من جواز الأخذ لا غبار عليها، ولا توقف فيها، ولكن الخلاف في أن ما تدل عليه هذه الأخبار الشريفة هل هو الحكم الواقعي أو الإباحة الصرفة؟

والفرق بين هذين واضح، فإن القول بأن ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعي معناه التصويب. فمثلاً: لو طلق السني زوجته طلاقاً صحيحاً عندهم باطلاً، عندنا فإن اعتقاده بصحة الطلاق يكون موجباً لجعل الصحة واقعاً في حقه، ويكون هذا

(١) المصدر السابق: ٢٦، ١٥٨، ح٤، باب أنه يجوز للمؤمن أن يأخذ بالعول والتعصيب ونحوهما للتقية إذا حكم له به العامة.

(٢) المصدر السابق: ٢٦، ١٥٨، ح١، باب السابق.

(٣) المصدر السابق: ٢٦، ١٥٩، ح٦، الباب السابق.

العنوان عنواناً ثانوياً موجباً لانقلاب الحكم الواقعي في حقه نظير الانقلاب في موارد الاضطرار فلو اضطر الإنسان إلى شرب الخمر مثلاً، فإن الاضطرار المذكور يوجب حليته له واقعاً.

وأما القول بالإباحة فإن الواقع لا يتبدل في حق الشخص السني بواسطة اعتقاده بصحة ما أوقعه من ذلك الطلاق بل يكون الطلاق فاسداً بالنسبة إليه وتكون الزوجة باقية بعد طلاقه المذكور على الزوجية، وأقصى ما في البين، أن الشارع المقدس أباح لنا التزويج بتلك المرأة التي وقع عليها ذلك الطلاق ـ كما سيأتي توضيح ذلك ـ فيما بعد والاشكال عليه.

ويستظهر شيخنا الأستاذ (دام ظله)، بأن ما تفيده هذه الأخبار، هو الحكم الواقعي الثانوي. ويظهر ذلك جلياً من الأخبار المتقدمة. ففي مكاتبة الهمداني نرى الإمام الجواد أبا جعفر الثاني (عليه السلام) يقول: (وإن كان ممن لا يتولانا، ولا يقول بقولنا، فاختلعها منه فإنه إنما نوى الفراق).

وفي رواية عبد الله بن طاووس يقول الإمام الرضا (عليه السلام) مثل ذلك.

وفي رواية ابن الهيثم قال (عليه السلام): (إما أنه مقيم على حرام).

وهكذا الحال في رواية عبد الرحمن البصري يقول الإمام أبو عبد الله (عليه السلام): (هذه المرأة لا تترك بغير زوج).

هذه الفقرات المذكورة دلتنا بصراحة على أن الطلاق الذي وقع من الشخص المخالف يكون صحيحاً، واقعاً لأن تعبير الإمام (عليه السلام) بالاختلاع والإبانة لا يناسب بقاء تلك المرأة على زوجيتها، وان الطلاق منها غير واقع، وكل ما في البين، هو إباحة التزوج بها.

وهكذا قوله (عليه السلام): (فإنه إنما عنى الفراق أو نوى الفراق) فإن نية الفراق ليست إلاّ قصده، واعتقاده بصحة طلاقه، وحينئذٍ، فيكون مجرد صدور الطلاق منه كافياً بإلزامه به واختلاع الزوجة وإبانتها منه.

ولو لاحظنا قول الإمام (عليه السلام): (لا تترك بغير زوج) لرأينا ما ذكرناه واضحاً. فإن ذوق المتشرع لا يقبل أن يكون حكمهم (عليهم السلام) بجواز التزويج بتلك المطلقات من قبيل الزواج بتلك المرأة مع كونها لا تزال معلقة بحبالة الزوج الأول ليكون ذلك من قبيل الإباحة الصرفة.

ولو تأملنا ملياً قوله (عليه السلام): (أما أنه مقيم على حرام) لرأيناه واضحاً في الدلالة على المقصود. فإن الإقامة على الحرام، إنما تتم لو كان الطلاق قد وقع من ذلك الشخص فعلاً، فالمرأة إذن أجنبية عنه، وهو مع ذلك يقيم معها، وحينئذٍ، فيصح التعبير بأنه يقيم على حرام وإلاّ فلو كانت الزوجية باقية، والطلاق غير صحيح، فإنه لا يقيم على حرام بل يقيم مع امرأته.

وربما توجه الحرمة في قوله (عليه السلام): (فإنه مقيم على حرام) بأن هذه الحرمة حاصلة بالتجري الصادر منه لأنه مقيم معها، مع كونه معتقداً لكونها مطلقته.

والجواب عن هذا التوجيه: بأن صرف التحريم إلى التجري تأباه طبيعة التعبير المذكور في الروايات الآنفة الذكر، وكان الأنسب التصريح به، لا القول (بأنه مقيم على حرام) الظاهر في إقامته على الزنى، وهذا المعنى هو الذي يظهر من الشيخ الطوسي (رحمه الله) في الاستبصار، والتهذيب، ومن ابن إدريس الحلي (رحمه الله) أيضاً، وربما ترقى صاحب ابن إدريس (رحمه الله) فادعى الإجماع عليه حيث قال: «وقد روى أصحابنا روايات متظاهرة بينهم، متناصرة، وأجمعوا عليها قولاً وعملاً، أنه إن كان المطلق مخالفاً، وكان ممن يعتقد وقوع الطلاق الثلاث لزمه ذلك ووقعت الفرقة به، وإنما لا تقع الفرقة إذا كان الرجل معتقداً للحق»[1].

ومن هذا وأمثاله يظهر لنا جلياً، إنهم كانوا يخرجون المسألة على إفادتها للحكم الواقعي الثانوي، بل قد نترقى كما عرفت، ونقول: أننا نستفيد الإجماع على ذلك، حسبما تبين لنا من عبارة السرائر في قوله روى أصحابنا وأجمعوا عليها قولاً وعملاً.

---

(١) الشيخ ابن إدريس الحلي: السرائر: ٢، ٦٨٥، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ـ قم المقدسة.

هذا ولو تنزلنا عن القول، بأن محصل القاعدة المذكورة هو الحكم الواقعي الثانوي، وأن أقصى ما تفيده هو إلزامه بما يدين به، فبالإمكان أن نستدل على صحة هذا النوع من الطلاق الفاقد للشروط عندنا مثلاً، بما نتصيده من كلمات الأئمة(عليهم السلام)، حيث نرى الإمام الرضا (عليه السلام) يأمر السائل بالزواج من تلك تركها لسبيلها، وإن لم تكن في البين ممانعة من طرف الزوج بل كان قد ومضى ـ كما في رواية علي بن حمزة ـ أنه: (سأل أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن المطلقة، على غير السنة أيتزوجها الرجل؟ فقال ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم، وتزوجوهن فلا بأس).

فإن أمره(عليه السلام) بزواجهن، مع عدم فرض الممانعة في كلام السائل وترك الاستفصال من جهة الإمام (عليه السلام)، لم يكن منزلاً على مجرد قاعدة الإلزام، إذ لا ممانعة في البين من طرف الزوج لما هو مفروض ليلزم بما صدر منه، بل لم يكن أمره بالزواج فيما يظهر إلاّ، لأن الطلاق قد حصل، فيجوز حينئذٍ للغير التزوج بهذه المرأة.

والرواية، وإن ذكرت الإلزام بظاهرها إلاّ أنه ليس من باب مطالبة الزوج بحق وإرجاع زوجته إليه، بل من باب أنها مطلقة، وأن الطلاق نافذ في حقها. فيسأل الإمام(عليه السلام) عن حال تلك المطلقة، هل يتزوجها الرجل أو لا؟ فالجواب: من الإمام(عليه السلام) بعدم البأس بزواجها لدليل على نفوذ ذلك الطلاق الصادر من الزوج الأول.

هذا ما يمكن الاستدلال به للقول بصحة الطلاق، أو غيره مما هو مورد لقاعدة الإلزام، وأن ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعي الثانوي.

أما القول بالإباحة:

وإن غاية ما تدل عليه قاعدة الالزام هو، مشروعية الإلزام بما ألزموا به أنفسهم، فربما ظهر ذلك من الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله)، في مورد ذكره لجملة من النصوص حيث قال (إلى غير ذلك من النصوص الدالة على التوسعة لنا في أمرهم

وأمر غيرهم من أهل الأديان الباطلة) [١].

ومن هذه العبارة نستفيد، أن الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله) ينظر إلى المسألة بنظر التوسعة فيكون من قبيل الإباحة لنا، لا من باب الحكم الواقعي الثانوي، ولكن ورود عبارة «وأمر غيرهم من أهل الأديان الباطلة» في كلامه ربما يشعرنا بأنه من قبيل الحكم الواقعي، إذ الظاهر أن باقي الأديان يكون جرياننا على طبقها معهم من قبيل الحكم الواقعي.

وهنا وجه آخر، وهو أن تكون التوسعة في كلام الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله) من قبيل علة التشريع: بمعنى أن الطلاق منهم مثلاً، الواقع على مذهبهم، وإن كان مقتضى الدليل الأول فساده، ولكن الشارع منه وتوسعة علينا حكم بصحته، فيكون حال هذه الجملة حال قوله (عليه السلام) في باب الغنائم: (وقد طيبنا ذلك لشيعتنا لتطيب، ولادتهم ولتزكوا أولادهم) [٢].

وممن اختار القول بالإباحة المرحوم الشيخ حسن آل كاشف الغطاء (رحمه الله) في كتابه أنوار الفقاهة، حسبما نقل عنه المرحوم الشيخ محمد جواد البلاغي (رحمه الله) في رسالته فقال:

(فظهر مما ذكرناه أن طلاق المخالفين يمضي عليهم، وإن كان فاسداً عندنا، وهذا الحكم عام لكل صور الطلاق على غير السنة سواء تعلق بمؤمنة، أو بمخالفة فإنه يحكم بوقوعه على وفق مذهبه بالنسبة إلينا، وإن كان فاسداً في الواقع، وكذا بالنسبة إليهم، ولا منافاة بين البطلان، وبين إجراء حكم الصحة بالنسبة إلينا لطفاً منه. فهي، وإن كانت زوجة لهم، ولكنه حلال لنا، وحرام عليهم، أو يقال هو صحيح من وجه، وفاسد من وجه آخر، ولو استبصر جرت عليه الأحكام الماضية، كما تجري علينا، ولا يلزم إعادة ما نقله من العقود والإيقاعات الباطلة بالنسبة إلينا... الخ).

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ ٣٢، ٨٩.

(٢) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٩، ٥٤٥، ح٥، باب إباحة حصة الإمام من الخمس للشيعه...

وعبارته هذه، تعطينا بصراحة رأي الشيخ، وأنه القول بالإباحة.

ولكن لنا أن نتساءل عن معنى عبارته السابقة:

(ولو استبصر المخالف جرت عليه الأحكام الماضية كما تجري علينا) ومعنى ذلك، أن مثل هذا الطلاق بالثلاث يكون نافذاً عليه بعد استبصاره كما أنه نافذ علينا أيضاً فيجوز لنا تزوج تلك المرأة، وإن استبصر زوجها.

إلاّ أن ذلك منافٍ لكون ذلك من قبيل الإباحة فإن مقتضى الإباحة، هو عودة الزوجية له بمجرد الاستبصار.

وأحسن ما يقال، في توضيح عبارة المرحوم الشيخ حسن كاشف الغطاء (رحمه الله)، أو توجيهها على القول بالإباحة ما قيل (من أن الأمر بالتزويج والاختلاع والإبانة، والأخذ، لا يدل على الصحة، بل من الجائز تشريع تزويج زوجة المخالف فتخرج عن الزوجية بذلك).

وقد تأمل شيخنا (دام ظله) ، فيما دلت عليه هذه العبارة متوقفاً فإن خروج المرأة عن الزوجية إن كان قبل التزويج، فهو ما ذكرناه من أنها قد بانت منه قبل الزوجية الجديدة، أي بمجرد طلاقه لها، وإن كان بعد التزويج فهذا مما يحتاج إلى دليل لأن عقد التزويج إذا ورد عليها، وهي في حبالة زوجها الأول، لا يكون تزويجها موجباً لانسلاخ زوجيتها، فكيف يصح له أن يقول: (فتخرج عن الزوجية بذلك). فانا إذا صححنا تزويج المخالفة لا يكون التزويج موجباً لخروجها عن الزوجية الأولى.

بل ينبغي لنا أن نقول، إن زوجيتها الأولى باقية، وإن كنا قد تزوجناها، فتكون زوجة للأول حقيقة، وتكون زوجة للثاني بمقتضى الإلزام، وهذا لا يخلو عن غرابة.

وفي موضع آخر قال مستدلاً على الإباحة:

(ومن المعلوم أن ارتكاب ذلك في مقام الجمع بين الأدلة أهون من البناء على صحة الطلاق الفاقد للشرائط، بل هو مقتضى الجمع العرفي بين الأدلة الأولية وبين هذه النصوص).

ويعلق شيخنا (دام ظله) على ذلك، بأنه لم كان ذلك أهون؟ ولماذا لم نقل أن صحة الطلاق باعتبار كونه معتقداً لصحته يكون من قبيل الأحكام الواقعية بعناوينها الثانوية الذي لا تخلو روايات الباب من الاشعار به، كما مر عليك؟

ومما يستدل به على القول بالإباحة، وعدم استفادة الحكم الواقعي الثانوي ما ورد في رواية محمد بن عبد الله العلوي قال: (سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام): عن تزويج المطلقات ثلاثاً، فقال: إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم، وطلاقهم يحل لغيرهم).

ومحل الشاهد في هذه الرواية هو قوله (عليه السلام): (إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم).

فيقال: بأن المستفاد من قاعدة الإلزام هو البينونة وصحة الطلاق. فإن طلاق الشيعي الثلاث بنحو ما يعملونه، وإن لم يكن صحيحاً عندنا ـ أي عند الشيعة ـ إلاّ أنه صحيح عند السنة، لأنه موافق لمذهبه فعلى هذا لابد أن يكون حلالاً لغيرنا.

ومن عدم الحلية نستفيد، أن الموضوع لا يخرج عن كون الزوجية باقية، وأن الطلاق لا يقع صحيحاً ولهذا لا يحل لمخالفينا.

إما أن طلاقهم يحل للشيعة، فهو كذلك لعدم حصول الطلاق، إلاّ أنه توسعة من الشارع المقدس، وإباحة لذلك فقد أجاز لنا التزويج بنسائهم، ويكون حال هذا كحال من لم ير العقد بالفارسية صحيحاً، مع أنه عقد بذلك، فإن من يرى صحة ذلك العقد يصح له أن يرتب الآثار، وإن كان الذي صدر منه العقد لا يرى صحة ذلك.

وأجاب شيخنا (دام ظله) عن هذا الاستدلال:

بأنا حيث نقول، بأن الطلاق يكون موجباً للبينونة، ويكون حكماً واقعياً ثانوياً، فإنما هو في خصوص ما لو كان المطلق يعتقد صحة الطلاق، فهذا غير داخل فيما ذكرناه، وليس هو من قبيل العقد بالفارسية، لأن العقد بالفارسية يكون موجباً

لتحقق النقل والانتقال عند كل من يرى أن العقد بالفارسية صحيح، وإن كان موقع العقد لا يعتقد بذلك.

والآن، وبعد أن عرفت أن محصل قاعدة الإلزام، هو الحكم الواقعي الثانوي فلابد من الانتقال إلى بحث جديد ذلك هو:

إن هذا الحكم الثانوي هل هو محدود بما دام الشخص باقياً على خلافه؟ لتكون العلة ما دامية أو أنه لا يكون محدوداً بذلك، بل يبقى الحكم المذكور ملزماً به، وإن ارتفع الوصف عنه بأن كان قد تشيع بعد ذلك، و كما عرفت، أن ثمرة هذا البحث تظهر فيما لو تشيع المخالف فيما بعد، فهل تكون الزوجة مبانة منه أو لا؟

اختار شيخنا الأستاذ (دام ظله) الثاني، وأن الحكم لا يكون محدوداً لأن الخلاف علة محدثة ومبقية في الوقت نفسه، ولا ينفع فيه زوال الاعتقاد بعد ذلك بالاستبصار.

ويستدل على ذلك، برواية عبد الأعلى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) (عن الرجل يطلق إمرأته ثلاثاً، قال: إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك)[1].

بناءاً على أن ظاهر قوله (عليه السلام): (إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك) حين صدوره منه. بل يمكن دعوى ظهور ذلك في الحينية، وكذلك الحال في مكاتبة الهمداني، وعبد الله بن طاووس في قوله (عليه السلام) (فإن كان ممن لا يتولانا ولا يقول بقولنا فاختلعها منه، فإنه إنما عنى الفراق) وقد عرفت أن المراد من نية الفراق في مثل ذلك هو قصده عن اعتقاد بصحته، وحينئذٍ، فيكون مجرد صدور الطلاق على وفق مذهبه كافياً في إلزامه به، فلا يكون استبصاره بعد ذلك مؤثراً في دفع ذلك الحكم عنه.

مضافاً، إلى أن هناك ما يوجب كون العلة محدثة، ومبقية لا أنها ما داميه، هو أن هذا النوع من الأحكام من الطلاق، والبينونة لا يقبل التقييد بالدوام، ما دام القيد الفلاني موجوداً بل يكون صدور مثل هذه الأحكام موجباً لدوامه ويكون

---

(١) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٢٢، ٧٤، ح٩، باب أن المخالف إذا كان يعتقد وقوع الثلاث في مجلس..

حاله حال العتق والإبراء، ونحوه مما لا يقبل التقيد بالدوام، فلا يصح القول للعبد العادل، أو الأمين (أنت حر ما دمت عادلاً) أو (أنت حر ما دمت أميناً) أو (أنت حر ما دمت حياً).

تنبيه:

لابد لنا من بيان أن من يقول بأن العلة ما داميه، فيكون الحكم دائراً مدار وجود العلة، لا يقول بذلك على الإطلاق، وإنما يقول به فيما إذا لم يترتب أثر على تلك الأشياء، التي صدرت منه حال وجود الوصف عنده، أما لو ترتب الأثر فلا.

ومثال ذلك، ما لو طلق السني زوجته بطلاق باطل عندنا صحيح عندهم كأن قال لها (أنت طالق ثلاثاً) ولزمت الزوجة عدة لذلك الطلاق، وانقضت العدة، وتزوجت بعد كل ذلك بشخص آخر، فهنا لو تشيع الزوج، فلا يمكن له الرجوع بزوجته إذ لاشك في صحة العقد الجديد، سواء قلنا ببقاء الإلزام، أو لم نقل.

نعم لو كان العقد الجديد واقعاً في أثناء عدتها، أمكن القول بالبطلان.

ويشهد له ما ورد في صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمة: (سألت الرضا (عليه السلام) عن ميت ترك أمه وأخوه وأخوات فتقسم هؤلاء ميراثه فأعطوا الأم السدس، وأعطوا الأخوة والأخوات ما بقى، فمات بعض الأخوات فأصابني من ميراثه، فأحببت أن اسألك، هل يجوز لي أن آخذ ما أصابني من ميراثها على هذه القسمة أم لا؟ فقال: بلى. فقلت: ان أم الميت فيما بلغني قد دخلت في هذا الأمر ـ أعني الدين ـ فسكت قليلاً، ثم قال (عليه السلام): خذه).

وطريق الاستشهاد بهذه الرواية، هو أن التشيع لم ينفع في إلغاء الآثار السابقة لوجود الأثر، وهو التملك فإن الورثة تملكوا ما وصل إليهم من التعصيب بناءاً على مذهبهم ومذهب الميتة، وحيث كان التملك أثراً، فلا ينفع التشيع بعد ذلك، وعلى الأخص في فرض مسألتنا فإن التملك كان بدرجتين:

الأولى: تملك الطبقة الأولى من الأخوة والأخوات من الميتة.

الثانية: تملك ابن بزيع نفسه من أحد المالكين بواسطة الإرث منها بلا فصل، وهي والدته، وهذه الآثار توجب عدم فائدة التشيع، ويكون حال التملك حال حصول الزواج من المرأة المطلقة.

بقي في البين شيء:

وهو أنك بعد أن عرفت ان رأي شيخنا الأستاذ (دام ظله) أن محصل قاعدة الإلزام، هو الحكم الواقعي الثانوي، وأن العلة محدثة ومبقية، فحينئذٍ، لا يمكن لمن تشيع من السنة أن ينقض ما أبرمه سابقاً في حال التزامه بأحد المذاهب الأربعة من طلاق، أو ميراث أو غير ذلك من صغريات القاعدة، هذا ما تم إلى الآن، ولكن هل لنا طريق نتمكن بواسطته من تصحيح رجوع الشخص الذي كان سنياً فتشيع بزوجته، وإن قلنا بصحة الطلاق السابق في موارد من طلق في حال السنن أو غير مورد الطلاق من الموارد؟

ويجاب عن ذلك بالإيجاب:

فإن لنفس التشيع خصوصية فيكون رافعاً لتمام الآثار التي حصلت في السابق حينما كان سنياً.

ويستدل له، بما تضمنته مكاتبة علي بن سويد عن أبي الحسن موسى (عليه السلام) ذكرها الحر العاملي (رحمه الله) في وسائله في باب من طلق مرتين، أو ثلاثاً، أو أكثر مرسلة من غير رجعة، إلى أن قال (فأما من دخل في دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله، ويقينه شكه)[1].

ويكون موضع الاستشهاد في هذه الرواية قوله (عليه السلام): (وأما من دخل في دعوتنا) فهو شامل لجميع الآثار السابقة حتى حرمة الزوجة على زوجها، لو طلقها طلاقاً فاقداً لبعض الشروط عندنا جامعاً لكل الشروط عندهم.

إلاّ أن الصحيح، خلاف ذلك لعدم استفادة الإطلاق في مثل هذه الرواية المذكورة، حتى بالنسبة إلى ما نحن فيه من هذه الآثار.

---

(١) الحر العاملي: المصدر المتقدم/ ١٥، ٣١٣، ح٦، ط الإسلامية.

ويؤيده، فرض ما لو تزوج بمن هي حلال عندهم حرام عندنا كمن زنى بذات البعل، ثم تزوج بها، ودخل فإنهم لا يقولون بحرمتها على الزاني، وعليه فلو تزوجها، وتشيع بعد ذلك، فالظاهر حرمتها عليه، وان قلنا بصحة نكاحه ما دام سنياً.

وكذا لو تزوج بغير هذه ممن كانت حراماً عندنا، وحلالاً عندهم فإن تشيعه يحتم عليه تركها، وإن كان عمله السابق صحيحاً، وأولاده يلحقون به.

وهذا يؤيد، أن التشيع لا يكون موجباً لرفع جميع الآثار التي كانت مترتبة في السابق.

وقد تطرق لمثل ذلك الشيخ صاحب الجواهر (ﷺ) في جواهره في مواضع منها عند شرح قول المصنف (ﷺ):

(وإذا اسلم الذمي على أكثر من أربع)، ومنها في كتاب الحدود فراجع هناك.

موارد قاعدة الإلزام:

موارد قاعدة الإلزام كثيرة فكما سبق، أن للشيعي إلزام غيره من العامة بما يدين به وتطبيق ذلك عليه ما دام ملتزماً به. وليس من السهل أن تحصى جميع تلك الموارد على سبيل الضبط ولكننا نتطرق إلى البعض منها على سبيل التوضيح.

المورد الأول: النكاح:

ويشتمل على فروع عديدة:

الفرع الأول: الاشهاد على النكاح:

من المعلوم أن الشيعة الإمامية لا ترى وجود الشهادة مما يتوقف عليه عقد النكاح، بعكسه في الطلاق حيث يوجبون حضور شاهدين عدلين [1].

---

(١) الاشهاد في النكاح: من المسائل التي وقع الخلاف فيها بين الشيعة والسنة، فالشيعة، لا يرونه لازماً =

وأما العامة فقد ذهبوا إلى ضرورة وجود الشاهدين في عقد النكاح، وإلاّ لما كان العقد صحيحاً. قال في الفقه على المذاهب الاربعة ج٤، ص٢١: (الشرط الرابع من شروط النكاح الشهادة فلا تصح إلاّ بشهادة ذكرين بالغين عاقلين عدلين)[١].

= في العقد بل هو مستحب. بينما يرى السنة لزومه.

ويستدل الشيعة على ما ذهبوا إليه، بالإجماع من الفقهاء، والآيات الكريمة كما في قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ سورة النساء: الآية،٣، وقوله عز وجل: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ سورة النور: الآية،٣٢، ولم يقيد ذلك بشهود بل أطلق.

وكذلك الروايات التي نقلت عن النبي(ﷺ) في تزويجه لبعض النساء بما مع الزوج من القرآن من غير أن يشترط في البين شهوداً.

وأخيراً، يضيف العلاّمة الحلي (رحمه الله) في مختلفه مستدلاً على عدم هذا الشرط بأن الأصل يقتضي عدم الاشتراط، ولأنه ليس بشرط في بقية العقود فلا يكون شرطاً هنا. راجع لذلك الشيخ الطوسي: الخلاف. والسيد المرتضى: الانتصار. والعلامة الحلي: المختلف. وكافة مصادر الفقه الشيعي، بحث الإشهاد في النكاح.

(١) بنفوذ المذهب المالكي عن بقية المذاهب القائلة بلزوم الاشهاد بأن الشرط هو الاعلان دون الشهادة، حتى أنه لو تزوجها بحضرة الشهود، وشرط الكتمان لا يجوز، ولو تزوجها بغير شهود وشرط الإعلان جاز، ويعتمد القائلون بضرورة الإشهاد على أحاديث مروية عن النبي (ﷺ) حتى قال عنها السمرقندي الحنفي: إن ما روي في موضوع شاهدي النكاح أحاديث مختلفة الألفاظ عن أحد عشر صحابياً ثم شرع في مناقشتها.

وقد ذكر الشوكاني بعضاً منها وناقشها.

وإن أهم حديث منها ما روي من بعض رواة الشيعة، وكثير من رواة السنة، وقد جاء بلفظ «لا نكاح إلاّ بولي وشاهدي عدل» وقد قال عنه ابن رشد بأنه لا مخالف له من الصحابة، وانه روي مرفوعاً ذكره الدار قطني، وذكر أن في سنده مجاهيل، وكذلك طعن فيه من قبل فقهاء الشيعة.

وقد ناقشه السيد المرتضى في الانتصار: بأنه محمول على الاستحباب لجريانه مجرى قوله(ﷺ) : (لا صلاة لجار المسجد إلاّ في المسجد) (ولا صدقة وذو رحم محتاج) حيث يكون المنفي في جميع ذلك الفضل، والكمال.

أما الشيخ الطوسي، فقد ذكر بأن النفي لعدم ثبوت النكاح عند الحاكم إلاّ بشهادة شاهدي عدل دون انعقاد العقد في حال التزويج فإنه ينعقد ولا يتوقف على الشهود.

يراجع تحفة الفقهاء ٢/ ١٨١، ونيل الأوطار، وبداية المجتهد بحث الاشهاد على النكاح، والانتصار ١١٩/ طبعة النجف الحديثة. والخلاف مسألة ١٣ من بحث عدم احتياج النكاح إلى شهود.

وبناءاً على هذا، فإن قاعدة الإلزام تجري في حق كل سني تزوج امرأة شيعية، ولم يحضر العقد شاهدان، فإن هذه المرأة ليست بزوجة على مذهبه، وحينئذٍ، فيلزم هذا الشخص بتطبيق تمام الآثار المترتبة على بطلان كل نكاح لم يحصل فيه الشهود لأن من دان بدين لزمته أحكامه، ومن تلك الأحكام أنه لا يرثها، ولا تستحقه المطاوعة، وكذلك يحكم بعدم إرثها منه وبعدم استحقاقها بنفقة بناءاً على ما فسرناه من كون قاعدة الإلزام حكماً واقعياً ثانوياً بلحاظ الحكم الوضعي فإن هذا يعني هدم الزوجية من طرف السني إلزاماً، وحيث أنها لا تتبعض فتنهدم الزوجية رأساً.

الفرع الثاني: الجمع بين العمة، والخالة وبنت الأخ، أو الأخت:

من المحرمات عند العامة الجمع بين العمة وبنت الأخ، والخالة، وبنت الأخت وإن نزلت البنت، وقالوا ببطلان العقد على المتأخرة، قال في الفقه على المذاهب الأربعة ج٤، ص ٦٨: (يحرم الجمع بين اثنتين إذا فرضت كل واحدة منهما ذكراً حرم النكاح بينهما فيحرم الجمع بين الأختين ... إلى قوله ... وكذلك الجمع بين البنت، وعمتها، أو خالتها فإننا لو فرضنا واحدة منهما ذكراً لم يحل له أن ينكح الأخرى).

وأما الشيعة فلم يروا في ذلك بأساً إذا حصل الرضا من الزوجة.

قال المحقق الحلي (رحمه الله) في شرائعه: في الفصل الرابع، من كتاب النكاح (ومن توابع المصاهرة تحريم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً، وبنت أخت الزوجة، وبنت أخيها إلاّ برضاء الزوجة)[1].

---

(١) بالإمكان القول: بأن مما انفردت الشيعة به هو جواز أن يتزوج الرجل المرأة على عمتها وخالتها إذا حصل الإذن من العمة، والخالة. ويجوزون ادخال العمة والخالة على بنت الأخ والأخت، وإن لم ترضى المدخول عليها بذلك. بينما أهل السنة على منع ذلك مطلقاً. كما تصرح بذلك مصادر فقه الطرفين، ولبيان وجهة نظر فقهاء الشيعة في هذه المسألة يقع البحث في مرحلتين:

الأولى: في أصل جواز ذلك في قبال العامة المانعين منه.

الثانية: في احتياج ادخال بنت الأخ أو الأخت على العمة أو الخالة في رضاهما دون العكس.

أما أصل الجواز: فيستدل عليه بالكتاب، والسنة، والإجماع.

فمن الكتاب: قوله تعالى ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ سورة النساء: الآية،٢٤، بعد أن عدد المحرمات جميعاً وعيناً ولم يتعرض لهذا النوع. راجع الآية الكريمة. =

وحينئذٍ، فلو كانت للسني زوجة وأدخل عليها بنت أخيها، أو أختها برضاها فهي زوجة عند الشيعة، وليست بزوجة عند السنة لأن عقد هذه متأخر عن الزوجة،

= ومن الأخبار: ما جاء في خبر علي بن جعفر قال: سألت أخي موسى بن جعفر (ﷺ) عن رجل يتزوج المرأة على عمتها، أو خالتها قال: لا بأس لأن الله عز وجل قال ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ الحر العاملي: وسائل الشيعة/ باب ٢٠ مما يحرم بالمصاهرة، حديث ١١.

وأما رضا العمة والخالة، فهناك أخبار كثيرة بهذا المضمون يأتي في مقدمتها ما عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر(ﷺ) : (سألته عن امرأة تزوج على عمتها وخالتها قال لا بأس، وقال: تزوج العمة والخالة على ابنة الأخ، وابنة الأخت، ولا تزوج بنت الأخ، والأخت على العمة، والخالة إلاّ برضاء منهما فمن فعل ذلك فنكاحه باطل) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ حديث ٣.

وما جاء في بعضها من قصور السنة أجاب عنه في الرياض بقوله:

(وقصور السنة منجبر بالأصل وموافقة الكتاب، والسنة، والشهرة العظيمة التي كادت تكون إجماعاً خلافاً للمقنع فأطلق المنع هنا، وهو ضعيف جداً). ويلاحظ للموضوع نفسه العلامة الحلي: مختلف الشيعة. والشهيد الثاني: مسالك الأفهام. والسيد علي الطباطبائي: الرياض. والشيخ الطوسي: المبسوط. والسيد المرتضى: الانتصار. وكافة مصادر الفقه الشيعي/ بحث ما يحرم من النكاح بالجمع.

وأما ما ذهب إليه أهل السنة من المنع للجمع بين هؤلاء مطلقاً، فقد عبرت مصادرهم الفقهية عن هذا المنع بالقول: (عن عامة أهل العلم)، (أو لا نعلم بينهم خلافاً في ذلك) (أو الإجماع عليه) (أو ليس فيه بحجة الله اختلاف إلاّ أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً، وهم الرافضة، والخوارج لم يحرموا ذلك) ابن قدامة: مغني المحتاج/ ٧، ٣٦. ويستدلون مضافاً إلى إجماعهم على المنع بالأخبار العديدة: منها ما ذكره ابن قدامة الحنبلي في المغني: ٧/ ٣٦ بقوله «وفي رواية أبي داود لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على بنت أختها لا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى، ولأن العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الأقارب، وافضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم، وهو موجود فيما ذكرنا».

ويناقش هذا التعليل الذي ذكره ابن قدامة، بأن مجرد مخافة قطيعة الرحم لا تستلزم حرمة النكاح والا لزم حرمة الجمع بين بنات عمين، وخالين لوجود علة النهي في ذلك، وعلله الشوكاني في نيل الأوطار ٦/ ١٦٧ ـ ١٦٨ بقوله: «وأجيب بأن قطعية الرحم من الكبائر بالاتفاق فما كان مفضياً إليها من الأسباب يكون محرماً».

وهذا غريب من الشوكاني، إذ ليس الكلام في حرمة هذا الفعل تكليفاً، أو جوازه بالحرمة المفضية إلى بطلان النكاح وعدمه، ومجرد كون الفعل كبيرة لا يوجب بطلان النكاح كما هو واضح.

وعليه فلا بد من إلزامهم بجميع الآثار المترتبة على فساد المتأخرة، وتحريم ذلك العقد، ولهذا الفساد آثار كثيرة فللشيعي تطبيقها إلزاماً لهم بما يدينون به.

الفرع الثالث: العدة على اليائسة:

قال العلاّمة الحلي (رحمه الله) في تبصرته، كتاب الطلاق عند التعرض للبحث عن العدد (لا عدة في الطلاق على الصغيرة واليائسة، وغير المدخول).

وفي الفقه على المذاهب الأربعة: ج٤، ص٥٤٩ قال: (تعتد المطلقة اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ طلاقها، وقد عرفت أن المطلقات الآيسات من المحيض نوعان:

أحدهما: الصغيرة التي دون تسع سنين ... إلى قوله ...

ثانيهما: الكبيرة في السن، وفي سن أياسها التفصيل المتقدم).

وحينئذٍ، فقاعدة الإلزام تلزم من كان من العامة يرى ثبوت العدة على هاتين الآيسة، والصغيرة أن لا يعقد في عدتهم على الأخت، وسائر من يحرم عندهم الجمع بينها، وكذلك لا يجوز عقده على الخامسة ما دامت في العدة، وهكذا بقية أحكام العدة) [1].

---

(١) استدل الشيعة على مذهبهم المذكور بما اشتهر بينهم، بل ربما كان مجمعاً عليه إن لم تضر مخالفة بعض معروفي النسب كالسيد المرتضى.

يضاف إلى ذلك، وجود أخبار عن أئمة أهل البيت (عليهم السلام) صرحت بعدم وجود العدة عليها حتى عبر عنها السيد الطباطبائي في الرياض بأنها: «المستفيضة التي كادت تكون متواترة، منها الصحيح عن التي قد يئست من المحيض، والتي لا تحيض مثلها قال ليس عليها عدة»، وفي بعضها يصرح عن هاتين بالصبية والمرأة التي قد يئست من المحيض. راجع لها الحر العاملي: وسائل الشيعة/ باب ٢ من أبواب العدد.

وأما السنة: فمصادرهم الفقهية تطبق على لزوم العدة للصغيرة واليائسة.

راجع لذلك: جميع مصادرهم في هذا الخصوص.

وقد استندوا فيما ذهبوا إليه لظاهر الآية الكريمة ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولاَتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ سورة=

المورد الثاني: الطلاق الفاسد:

فيه فروع:

الفرع الأول ـ طلاق الثلاث من غير رجعة:

فلو طلق السني زوجته بقوله: (أنت طالق ثلاثاً) كان عندهم صحيحاً، وعند الشيعة باطلاً، وتجري فيه قاعدة الإلزام.

قال في الفقه على المذاهب الأربعة: ج٤، ص٣٤١ ما يلي: (فإذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً دفعة واحدة بأن قال لها (أنت طالق ثلاثاً) لزمه ما نطق به من العدد في المذاهب الأربعة وهو رأي الجمهور).

قال المحقق الحلي (رحمه الله) في شرائعه كتاب الطلاق عند التعرض لأقسام الطلاق «فالبدعة ثلاث طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج معها، ومع غيبته دون المدة المشترطة، وكذا النفساء، أو في طهر قربها فيه وطلاق الثلاث من غير

= الطلاق: الآية، ٤.

فيقال: أن اليائسة، والصغيرة ان ارتبتم فلا تدرون حكمهن في عدتهن ثلاثة أشهر، ويستدل السيد المرتضى على هذا الرأي حيث ذهب إليه بوجهين:

الأول: سبب النزول، وذلك حيث سأل أبي بن كعب، فقال يا رسول الله ان عدداً من عدد النساء لم تذكر في الكتاب: الصغار، والكبار، واولات الاحمال فنزلت هذه الآية.

الثاني: انه تعالى لو أراد ما يقوله المتمسكون بعدم العدم عليهما من الشك في ارتفاع المحيض لكبر أم لعارض، لقال الله تعالى: «ان ارتبتن» لأن المرجع في المحيض إليهن.

والجواب: ان الآية وردت في الآيسة ومن لم تحض للشك في كبر أم لعارض منع من الحيض لا في الآيس ومثلها لا تحيض، وكذلك الصغيرة، وأما ما ذكر من الأدلة فمردود:

أما الدليل الأول: للسيد المرتضى فيرد عليه أن الآية لو كانت كما أدعي من سؤال أبي بن كعب لقالت (إن جهلتم) لا «إن ارتبتم» لأن أبي بن كعب لم يشك في حكم هاتين بل كان جاهلاً، ولذا سأل فالتعليل بقوله: «إن ارتبتم لا يتم مع المورد».

وأما الدليل الثاني: فإن تذكير الضمير لا تأنيثه لأجل أن الخطاب مع الرجل كما يشعر به صدر الآية من قوله ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ﴾ سورة الطلاق: الآية، ٤. فما هو وجه الانتقال من خطابهم إلى خطابهن؟

رجعة، بينهما، والكل عندنا باطل [1] لا يقع معه طلاق [2].

ويقع البحث في هذا الفرع في صورتين:

---

(١) قوله المحقق «والكل عندنا باطل» ومنه طلاق الثلاث يقصد بـه أن مجمـوع هـذه الطلقـات البدعيـة باطلة من هي مجموع، وإلاّ فهو من القائلين بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة لو قال (أنـت طـالق ثلاثاً).

(٢) مسألة الطلاق الثلاث في مجلس واحد من غير رجعة متخللة بين الطلقات من المسائل الخلافيـة بـين الشيعة والسنة من جهة، وبين الشيعة أنفسهم من جهة ثانية.

فالسنة: يرون وقوع الطلقات الثلاث به وتبين زوجته منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً آخـر عـلى الشروط التي يقيد بها الزوج الجديد من جانب الشريعة ذهب إلى ذلك جمهور العامـة مـن «التـابعين وكثير من الصحابة، وأئمة المذاهب الأربعة» على حد تعبير الشوكاني في نيل الأوطار: ٦/ ٢٦٠.

أما الشيعة: فلا يرون وقوع الطلاق به لعدم تخلل الرجعة به ولكـنهم اختلفـوا فـالأكثر أنـه يقـع طلقة واحدة.

ونقل الشوكاني في الموضع السابق ذهاب جماعة إليه كابن عباس، وطاووس وعطـاء وجـابر بـن زيد، والهادي عن أبي موسى، والقاسم والباقر، والناصر، وأحمد بن عيسى. ومـن المتـأخرين كـابن تيمية، وابن القيم، وجماعة من المحققين.

والبعض الآخر من الشيعة ذهب إلى عدم وقوع شيء من الطلاق بهذا اللفظ لا واحدة، ولا أكثر، وقد حكي هذا الرأي عن بعض التابعين، وروي أيضاً عن ابن علية وهشام بن الحكـم وأبـو عبيـدة، وبعض أهل الظاهر.

ونقل الشوكاني قولاً رابعاً: يفصل فيه بين كون المطلقة مدخولاً بها فتقع الثلاث وغير مدخول بها فواحدة ولكل من هؤلاء دليله.

استدل من قال بوقوع الطلاق الثلاث بهذا اللفظ من السنة بـالقرآن الكـريم: حيـث قـال تعـالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ سورة البقرة: الآية، ٢٢٩.

بدعوى، إن قوله «الطلاق مرتان» يدل على جواز جمع الثنتين، وإذا جاز جمع الثنتين دفعة جاز جمع الثلاثة.

وأجيب عنه، بأنه قياس مع الفارق لأن جمع الثنتين لا يستلزم البينونة الكبرى بخلاف الثلاث. ونقل الشوكاني عن الكرماني في نيل الأوطار: ٦/ ١٦٠ مستدلاً على ذلك بقوله: (إن التسريح باحسان عام يتناول إيقاع الثلاث دفعة واحدة).

والجواب عنه، بأن التسريح في الآية إنما هو بعـد إيقـاع الثنتـين فـلا يتنـاول إيقـاع الـثلاث دفعـة واحدة.

=

الأولى: فيما لو أراد أحد الشيعة الزواج بتلك المطلقة.

الثانية: لو تشيع الزوج بعد أن كان سنياً، وكان قد طلق زوجته على النحو المذكور وأراد التزويج من تلك المرأة بعد ذلك فهل يجوز ذلك؟ ويسوغ له الاقدام عليها حاله فيها كحال بقية الشيعة أم لابد لها من زوجٍ يحللها عليه عملاً بمقتضى الآية الكريمة: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1]، إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[2].

والمفروض، أن هذه المرأة مطلقة ثلاثاً على مذهبه حين كان سنياً فيكون ملزماً بما يقتضيه مذهبه السابق.

أما الصورة الأولى: فلا إشكال في جواز التزوج بهذه المرأة لغير الزوج لأن هذا الأثر هو مورد النصوص المتقدمة، والدالة على أن الزوجة تبين منه واقعاً طبقاً للمصلحة الثانوية، ولا يقف شيء في طريق هذا الزوج.

الصورة الثانية: وحيث عرفت أن محل الإلزام هو الحكم الواقعي الثانوي فبهذا يقع الطلاق صحيحاً منه، وبما أن هذا الحكم لا يكون محدوداً بما دام سنياً، بل أن

= وقد استدل بأخبار دلت على وقوع الطلاق ثلاثاً رويت من الطرفين، ولكنها لم تسلم من المناقشة:

أما الشيعة: فالقول بوقوع الطلقة الواحدة بهذا التعبير هو المشهور عندهم. يضاف إلى هذه الشهرة أن الواحدة مقتضى الصيغة المشتملة على شرائط الصحة عدا اشتماله على الزائد، وهذا غير صالح للمانعية لأنه مؤكد لكثرة الطلاق، وإيقاعه، وهناك أخبار صحيحة استند لها هؤلاء القائلون.

منها: ما جاء عن زرارة عن أحدهما(عليهما السلام) قال: (سألته عن الذي يطلق في حال الطهر في مجلس ثلاثاً قال هي واحدة). الحر العاملي: وسائل الشيعة/ باب ٢٠، من مقدمات الطلاق، حديث ٣.

وأمثال هذا الخبر توجد أخبار يرويها الشيعة من عبر عنها في الرياض: «بالصحاح المستفيضة».

أما من قال من الشيعة: بعدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ لا واحدة ولا أكثر فقد استدل على دعواه بأخبار كانت مورد هجوم من قبل غالبية الفقهاء، ورميها بضعف الدلالة، أو السند.

راجع لها الرياض، والجواهر، ومختلف الشيعة، ونيل الأوطار، في البحث في صيغة الطلاق.

(١) سورة البقرة: الآية، ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة: الآية، ٢٣٠.

تسننه يكون علة في تحقق الحكم بالإنفصال وبقائه، فحينئذٍ، لا فائدة في تشيعه بعد ذلك، ولا يتمكن من الرجوع إليها بدون محلل يجتمع فيه الشروط الشرعية.

الفرعان الثاني والثالث ـ الطلاق في حالة الحيض، وطلاقها في طهر واقعها فيه:

قال ابن قدامة في المغني ٧،٢٩٩ ما يلي: (فصل فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً، أو في طهر أصابها فيه إثم، ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم)[1].

وقد تقدم في الفرع الأول نص كلام المحقق الحلي (رحمه الله) في بطلان الطلاق في هاتين الحالتين فراجع. فحينئذٍ، فيجوز للشيعي أن يتزوج بتلك المطلقة إلزاماً لهم بما

---

(١) وعبر ابن رشد عن ذلك بقوله: (أن الجمهور قالوا يمضي طلاقه، وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع). البداية: ٢، ٧٠، طبعة مكتبة الكليات.

وقال ابن عبد البر: لا يخالف في ذلك إلاّ أهل البدع والضلال. نيل الأوطار ٦، ٢٥٢.

واستدل القائلون بالوقوع: بالإجماع المنقول عنهم كما عرفت التعبير عنه بأنه قول عامة أهل العلم، وبالأخبار المروية من طرقهم.

منها: ما عن عبد الله بن عمر (أنه طلق امرأته، وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي (ﷺ)، فقال مره فليرجعها) وقال الشوكاني عن هذا الحديث رواه الجماعة إلاّ البخاري. وبهذا المضمون رويت روايات أخرى راجع الشوكاني: نيل الأوطار/ الموضوع السابق.

ووجه الاستدلال بها هو، أن الأمر بالمراجعة لابن عمر لا يكون إلاّ بعد تحقق الطلاق.

وعورض هذا الحديث بما أخرجه احمد وأبو داود والنسائي عن ابن عمر بلفظ:

(طلق ابن عمر امرأته، وهي حائض قال عبد الله: فردها على رسول الله (ﷺ) ولم يراها شيئاً) وصحح هذا الحديث من قبل جماعة كثيرين، وفي رواية أخرى أن رسول الله (ﷺ) قال: (ليس ذلك بشيء)، وفي أخرى: (لا يعتد بذلك).

وقال الشوكاني عن هاتين الطائفتين: «ولا شك أن رواية عدم الاعتداد بتلك الطلقة أرجح من رواية الاعتداد المتقدمة فإذا صرنا إلى الترجيح بناءاً على تعذر الجمع فرواية عدم الاعتداد ارجح لما سلف»، وقد تقدم أنه بين أسباب الترجيح. فراجعه في نيل الأوطار ٦، ٢٥٤.

يضاف إلى ذلك ما روته العامة من قول النبي (ﷺ): (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد أو كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد). بداية المجتهد: ٢، ٧٠.

وقيل تعليقاً على هذا الحديث: (وهو حديث صحيح شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه أمر رسول الله (ﷺ) ومسألة النزاع من هذا القبيل فإن الله لم يشرع هذا الطلاق، ولا اذن فيه فليس من شرعه، وأمره)، راجع الشوكاني: المصدر السابق.

يدينون به من صحة الطلاق ووقوعه [١].

الفرع الرابع ـ طلاق السكران:

قال ابن قدامة في المغني ٧/ ١١٤: (مسألة: قال وعن أبي عبد الله (رحمه الله) في السكران روايات، رواية يقع الطلاق، ورواية لا يقع، ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله (صلى الله عليه وآله).

وفي شرحه للمسألة يقول: (وأما التوقف فليس بقولٍ في المسألة ... إلى قوله ... ويبقى في المسألة روايتان: أحداهما: يقع طلاقه اختارها: أبو بكر الخلال والقاضي، وهو مذهب سعيد بن المسيب، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وابن سيرين والشعبي والنخعي ... إلى قوله ... والشافعي في أحد قوليه، وشبرمة وأبي حنيفة). راجع لذلك أيضاً ابن رشد: بداية المجتهد/ ٢، ٨١ [٢].

---

(١) يستدل الشيعة على عدم وقوع الطلاق في حالتي الحيض والطهر الذي واقع فيه بالإجماع من فقهائهم على ذلك كما صرح بذلك في الجواهر والرياضي وبالأخبار الكثيرة والتي ورد فيها أن الطلاق على غير السنة باطل، وحيث يتصدى السائل السؤال عن طلاق السنة يجيبه الامام (عليه السلام) بأن تكون المرأة نقية عن الحيض، وفي طهر لم يقاربها فيه ففي خبر محمد بن أبي نصر عن الرضا (عليه السلام) «قال سألته عن رجل طلق امرأته بعدما غشيها بشاهدين عدلين، قال ليس هذا طلاقاً فقلت له: فكيف طلاق السنة؟ فقال يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين، فإن خالف ذلك رد إلى كتاب الله عز وجل». وسائل الشيعة: ٧/ ٢٧٦، طبعة حديثة، ودلالة المسألة بشكل أوسع. راجع الجواهر، والرياض، والمسالك، بحث من يصح الطلاق.

(٢) اختلفت كلمات العامة في وقوع الطلاق من السكران فعن خصوص أئمة المذاهب الأربعة: قال صاحب كتاب رحمة الأمة: ٢، ٥٦ على هامش الميزان فقال أبو حنيفة، ومالك يقع، وعن الشافعي قولان: أصحها يقع، وعن أحمد روايتان: أظهرهما يقع.

في الوقت نفسه، فقد ذهب كثير من فقهاء العامة ممن تقدم أصحاب المذاهب، وممن تأخر عنهم إلى القول بعدم الوقوع. كما جاء في المغني، ونيل الأوطار نفس الموضع السابق.

وسبب القائلين بالوقوع وعدمه هو:

هل أن السكران كالمجنون من حيث التكليف أم أن بينهما فرقاً ؟

فمن فرق بينهما اعتبر الطلاق صحيحاً منه ولو في حالة السكر لأن السكران في نظر الصحابة كالصاحي في الحد بالقذف لما روي عندهم عن أمير المؤمنين علي (عليه السلام) من أن السكران إذا سكر=

قال المحقق الحلي (رحمه الله) في شرائعه (كتاب الطلاق): (الشرط الثاني: العقل: فلا يصح طلاق المجنون، ولا السكران، ولا من أزال عقله باغماء، أو شرب مرقد لعدم القصد) [1].

وعلى هذا فإن قاعدة الإلزام تقضي بالزواج لمطلقه السكران، وترتيب بقية الآثار الخاصة بطلاقها منه، وتزوجها بغيره.

=هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون. ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن الطلاق منه. ويدل على تكليفه، أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون.

أما من لم يفرق بينهما فقد ذهب إلى عدم وقوع الطلاق منه مستدلاً على ذلك: بأن العقل شرط في التكليف والسكران لا عقل له فلا يتوجه التكليف لمن لا يفهمه.

واعترض على هؤلاء، بالفرق بين المجنون، والسكران من ناحية زوال العقل فإن المجنون ابتلى بمرض خارج عن قدرته والسكران أزال عقله بيده بالشراب.

والجواب عن ذلك، بأن زوال شرط التكليف موجب لعدم توجه التكليف إلى العبد من غير فرق بين أن يكون زواله بيد الإنسان. واختياره أم لا، أو بمعصية أم غير معصية والمهم أنه الآن غير حائز على شرط التكليف، وهو العقد فلا يكون قاصداً لعمله وفعله. واستدل على ذلك بمن كسر ساقه فتعذر عليه أن يصلي قائماً فإن حكمه ينتقل إلى الصلاة جالساً، وهكذا من ضربت بطنها فنفست فإن الصلاة تسقط عنها، وكذا لو استعملت دواء فحاضت فإن أحكام الحيض تجري عليها، وهكذا في كل مورد يكون التكليف فيه ساقطاً، وإن كان ذلك السقوط ناشئاً من مقدمات أوجدها بنفسه فأدت بالحتم إلى تلك النتائج فإن تحقق الحكم يتبع صدق الموضوع.

(١) إنما لا يرى الشيعة طلاق السكران معتبراً لعدم حصول القصد فيه، ومن الواضح، أن الحكم بالتفريق متوقف على قصده، وما لم يتحقق الموضوع لا مجال لتحقق الحكم. يضاف إلى ذلك، وجود الأخبار الصحيحة المستفيضة المصرحة بذلك كما جاء ذلك عن الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن طلاق السكران وعتقه فقال لا يجوز. الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٧، ٣٢٨ الطبعة الحديثة.

وقد تكرر هذا السؤال في روايات عديدة كان الجواب فيها بعدم الجواز، وفي مقام تحديد السكر الذي لا ينفع معه الطلاق يقول فقهاء الشيعة: إذا اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم وبحيث لا تنتظم أموره، ولا يتوجه إلى أفعاله. راجع الحدائق الناظرة، والجواهر، والرياض. البحث عن المطلق، وشروطه. وقال ابن قدامة في المغني ٧، ٣١٤، وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ولا يعرف ردائه من رداء غيره ونعله من نعل غيره.

الفرع الخامس ـ طلاق المكره:

قال المحقق (رحمه الله) في شرائعه من كتاب الطلاق ما يلي: (الشرط الثالث: الاختيار، فلا يصح طلاق المكره) [١].

وجاء في المغني لابن قدامة: ٧، ١١٨ ما يلي: (لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع ... **إلى قوله** ... وأجازه أبو حنيفة قدامة، والشعبي، والنخعي، والزهري، والثوري، وأبو حنيفة وصاحباه لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه

---

(١) إجماعاً كما عن الخلاف، والانتصار، والجواهر، والمسالك، والحدائق، وغير هذه من مصادر الفقه الشيعي. مضافاً إلى ما روي عن النبي (صلى الله عليه وآله) من الفريقين صحيح عندنا خلافاً للشافعي.

وقد اعتمد من قال بوقوع الطلاق من المكره من العامة على أنه طلاق من مكلف في محل يملكه فيقع منه، ولأنه، وإن كان مكرهاً في الواقع، ولكنه بتلفظه ليس بمكره فيقع منه.

أما من قال بعدم الوقوع، فقد استدل بالحديث النبوي المتقدم (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) وقد رواه ابن قدامة عن ابن ماجد، راجع المغني: ٧، ٣١٦. وقد روي أيضاً حديثاً عن عائشة وفيه قول النبي (صلى الله عليه وآله) (لا طلاق في إغلاق) وقد فسر الإغلاق بالإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه.

أما تحديد الإكراه الذي يرتفع منه أثر الطلاق فقد اتفقت كلمة الفقهاء من الفريقين أنه لابد فيه من تحقق أمور:

منها: أن يكون المكره قادراً على إيجاد ما توعد به لغلبة، أو سلطان، أو تغلب.

ومنها: عجز المكره «بالفتح» عن دفع ما توعد به.

ومنها: أن يعلم أو يظن غالباً أنه لو لم يفعل أو اقنع أوقع المكره ما توعده به لا أنه هازل، وممازح، أو غير ذلك من الدواعي.

قوله: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه).

وطبيعي أن المرفوع من هذه هو الحكم إذ لا يعقل فيها رفع ما وقع منها ويسمى بالإصطلاح الأصولي رفع للحكم بلسان رفع الموضوع.

وهكذا جاءت الأخبار الصحيحة تؤكد رفع عدم وقوع الطلاق الكره كما عن زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: (سألته عن طلاق المكره وعتقه، فقال ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٧، ٣٣١، الطبعة الحديثة.

وقد استفاضت الأحاديث بهذا المعنى من عدم وقوع الطلاق من المكره لعدم قصده إلى المعنى الذي لابد للمطلاق من تحققه، راجع المصدر المتقدم.

كطلاق غير المكره) [١].

ومورد الإلزام في ذلك أن المطلق لو كان تابعاً لأبي حنيفة، وغيره ممن يصحح طلاق المكره فللشيعي إلزامه بذلك، واعتبار زوجته منفصلة عنه وإجراء كافة الأحكام المترتبة على عدم الزوجية بين الطرفين.

الفرع السادس ـ الطلاق المعلق:

قال ابن رشد في بدايته: ٢، ٦٣ (وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلة فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب أحدها: ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار، وقدم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف) [٢]. إلى آخر ما ذكره هنا من وقوع الطلاق المعلق بأنواع.

وأما الإمامية: فقد قال في الجواهر تعليقاً على قول صاحب الشرائع في هذا الخصوص في كتاب الطلاق الركن الثالث في البحث عن الصيغة: (ويشترط في الصيغة تجردها [٣] عن التعليق على الشرط المتحمل وقوعه نحو إن جاء زيد وعلى الصفة المعلوم حصولها نحو إذا طلعت الشمس في قول مشهور بل لم أقف فيه على مخالف منا بل في الانتصار، والإيضاح، والتنقيح، والروضة ومحكي السرائر، وغيرها

---

(١) قال في رحمة الأمة على هامش الميزان: ٢، ٥٦ (واختلفوا في طلاق المكره واعتاقه فقال أبو حنيفة يقع الطلاق، ويحصل الاعتاق، وقال مالك، وأحمد والشافعي لا يقع إذا نطق دافعاً به عن نفسه).

وقال السمرقندي الحنفي في تحفة الفقهاء: ٢، ٢٦٨ «طلاق المكره ومنها: أن يكون ما توعد به مضراً بالمكره في نفسه أو متعلقيه من قتل أو جرح أو مال على تفصيل بين الفقهاء في مقدار الجرح ونوعه، والحال أيضاً».

(٢) تعلق الطلاق تارة: يكون على مشيئة الله، وأخرى على غير مشيئته، أما على المشيئة: كما لو قال لزوجته: (أنت طالق إن شاء الله) فقد قال مالك، وأحمد يقع الطلاق، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يقع. رحمة الأمة على هامش الميزان: ٢، ٥٦.

وأما بالنسبة إلى غير المشيئة: فقد قسم تقييد الطلاق إلى قسمين: تقييد اشتراط أو تقييد استثناء، وقد ذكر ابن رشد تفصيلاً في الفرق بين هذين. البداية: ٢، ٨٥.

(٣) هذه العبارة ذكرناها مؤلفة من عبارتي الشرائع، وشرحها في الجواهر مندمجة.

الإجماع عليه وهو الحجة)[١].

ومن البديهي أن العامة تقول بحصول الطلاق لو تحقق ما علق عليه، وبناءاً على هذا، فإن لغيرهم إلزامهم بذلك وترتيب جميع الآثار على ذلك.

الفرع السابع ـ الحلف بالطلاق:

قال ابن رشد في بدايته: ١، ٣٢٩ (واتفق الجمهور في الإيمان التي ليست أقساماً بشيء، وإنما تخرج مخرج الإلزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل: فإن فعلت كذا فعلي مشي إلى بيت الله، أو إن فعلت كذا، وكذا فغلامي حر، أو امرأتي طالق. أنها تلزم في القرب، وفيما إذا التزمه الإنسان لزمه بالشرع مثل الطلاق، والعتق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا؟)[٢].

وقال المحقق الحلي (رحمه الله) في شرائعه، وفي البحث عما تنعقد به اليمين من كتاب الإيمان: (ولا ينعقد اليمين بالطلاق، ولا بالعتاق، ولا بالتحريم، ولا بالظهار)[٣].

وحينئذٍ فلو حلف العامي أن لا يفعل شيئاً وإلاّ فامرأته طالق وصادف أن فعل ذلك الشيء فإن امرأته طالقة منه طبقاً لما يدين به ويرتب الشيعي عليها جميع الآثار التي تترتب على الفرقة والطلاق.

---

(١) العمدة في الدليل على عدم تعليق الطلاق عند الشيعة هو الإجماع المدعي على لزوم تجرد الصيغة من التعليق على الشرط المحتمل، والصفة المعلوم حصولها، ويستفيد الشهيد الثاني في مسالكه من قول صاحب الشرائع في المتن (في قول مشهور) نكتة ذكرها بقوله: نبه بقوله على قول مشهور على ضعف مستنده فانه ليس عليه نص، وانما أوردوا عليه أدلة ظاهرية كقولهم: أن النكاح أمر ثابت متحقق فلا يزول إلا بسبب متحقق ووقوعه مع الشرط مشكول فيه وقولهم انه مع عدم الشرط اجماعي لا دليل على صحته بالشرط ونحو ذلك فان هذا كله يندفع بعموم الأدلة الدالة على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع اعم من كونه معلقاً على شرط، أو منجزاً، وقوله: (لم أقف فيه على مخالف) يخرج به عن دعوى الاجماع عليه فان عدم الوقوع على المخالف لا يكفي في تحقق الاجماع.

(٢) ولزيادة التوضيح في هذه المسألة راجع ابن قدامة: المغني/ ٧، ٣٢٩، مطبعة الإمام.

(٣) وقال معلقاً عليه في الرياض بقوله (على الأظهر الأشهر بين الطائفة بل عليه الإجماع في الانتصار).

وقد استدل له بالاخبار الصحيحة حيث جاء: (إني حلفت بالطلاق والعتاق والنذر فقال إن هذا من خطوات الشيطان).

الفرع الثامن ـ الطلاق بالكتابة:

قال المحقق (رحمه الله) في شرائعه في البحث عن صيغة الطلاق: (ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر، وهو قادر على التلفظ. نعم، لو عجز عن النطق فكتب ناوياً الطلاق صح، وقيل يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة وليس بمعتمد) (١).

وفي الفقه على المذاهب الأربعة ٤، ٢٨٩ ـ ٢٩٥، بيّن رأي المذاهب الأربعة بالنسبة إلى كتابة الطلاق ووقوع الفرقة به (٢).

---

(١) يفرق الشيعة في الطلاق بالكتابة بين كونه صادراً من مطلق حاضر قادر على النطق أو مطلق غائب قادر على التلفظ.

أما الزوج الحاضر القادر، فيعتبر فقهاء الشيعة بأنه لا خلاف بين الأصحاب في عدم وقوع الطلاق منه بالكتابة.

وأما بالنسبة إلى الغائب فذهب الأكثر، ومنهم الشيخ في المبسوط إلى عدم وقوع الطلاق بالكتابة منه مدعياً عليه الإجماع.

يضاف إلى ذلك، استصحاب حكم الزوجية إلى أن يثبت المزيل مع الشك في كون الطلاق بالكتابة مزيلاً لما ثبت من عقدة النكاح. نعم، التلفظ به ثبت أنه مزيل له، ولذلك لم يحصل الاختلاف به.

ومن وراء كل ذلك الأخبار الواردة عن أهل البيت (عليهم السلام) المصرحة بعدم الوقوع فقد جاء في الخبر عن زرارة قال قلت لأبي جعفر (عليه السلام): (رجل كتب بطلاق امرأته، أو بعتق غلامه ثم بدا له فمحاه قال ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به) الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٧، ٢٩١ الطبعة الحديثة.

وفي مقابل هذا الرأي ما ذهب إليه الشيخ نفسه في كتاب النهاية، وبعض من تبعه من وقوع الفرقة بهذا النوع من الطلاق الكتبي مستندين إلى رواية عن أبي حمزة الثمالي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، وقد سأله فيها عن ذلك فأجاب: «لا يكون طلاقاً ولا عتاقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده ويريد به الطلاق أو العتق ويكون ذلك بالأهلة والشهور، ويكون غائباً عن أهله». المصدر المتقدم.

وحمل البعض هذه الرواية على حالة الاضطرار إلى الكتابة.

ولكن الشهيد الثاني في المسالك رد هذا الحمل. ورجح هذه الرواية على سابقتها المانعة من وقوع الطلاق بالكتابة.

لاحظ البحث مفصلاً في المسالك في البحث عن وقوع الطلاق بالكتابة.

(٢) يقول ابن قدامة في المغني: ٤، ٢٣ (الموضع الثاني: إذا كتب الطلاق فإن نواه طلقت زوجته، وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم وأبو حنيفة، ومالك، وهو المنصوص عن الشافعي، وذكر بعض أصحابه قولاً آخر أنه لا يقع لأنه فعل من قادر على التطليق فلم يقع به الطلاق كالإشارة). =

والإلزام يتحقق أيضاً لو طلق العامي زوجته بأن كتب ذلك لها، ولم يتلفظ به مع قدرته على ذلك فهي مطلقة على مذهبه، وزوجة على مذهب الشيعي، ولكن قاعدة الإلزام تفرض وقوع الطلاق إلزاماً لهم بما ذهبوا إليه.

الفرع التاسع ـ طلاق من كان جاهلاً بالحكم:

تصوير هذا الفرع يكون فيما لو كان لشخص من الإمامية زوجة سنية فطلقها بغير شهود جاهلاً ببطلان هذا الطلاق عندنا، أو كان ملجئاً من قبلها على إيقاع الطلاق فإن هذا الطلاق يكون صحيحاً عندهم باطلاً عندنا إذ الاشهاد واجب في النكاح لا في الطلاق، على العكس عند الإمامية فإنما واجب الإشهاد حين الطلاق لا النكاح.

وحينئذٍ، فالزوج، وإن كان مذهبه يقتضي عدم وقوع مثل هذا الطلاق إلاّ أن جريان قاعدة الإلزام في الزوجة يكون موجباً لانفصام عرى الزوجية وبينونة كل منهما عن الآخر كحكم واقعي ثانوي فلا يتوارثان، ولا نفقة لها عليه بل يترتب جميع الآثار المترتبة على الطلاق.

هذه هي فروع الطلاق، ولو تأملنا لرأينا للطلاق فروعاً كثيرة، ولكن الضابط هنا هو إلزام السنة بكل طلاق فاسد عندنا صحيح عندهم وترتيب جميع الآثار على ذلك لأن من دان بدين لزمته أحكامه.

= ولكن من ذهب إلى وقوع الطلاق به قال: «ان الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فإذا أتى منها بالطلاق، وفهم فيها، ونواه وقع كاللفظ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي (ﷺ) كان مأموراً بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف». المصدر السابق.

المورد الثالث ـ البيع:

وفيه فروع:

الفرع الأول ـ الشراء بالوصف:

قالت الشافعية: بأن من يشتري شيئاً بالوصف فله الخيار عند رؤيته، وان كان المبيع حاوياً على الوصف المذكور.

قال في الفقه على المذاهب الأربعة: ٢، ٢١٤: (الشافعية قالوا: لا يصح بيع الغائب عند رؤية العاقدين أو أحدهما سواء كان المبيع غائباً عن مجلس العقد رأساً، أو موجوداً به، ولكنه مستتر لم يظهر لهما ... إلى قوله ... فإنه ما دام غائباً عن رؤيتهما فإن بيعه لا يصح على أي حال) [1].

وعلى هذا فيلزم من كان شافعياً بهذه الصورة، ويثبت لنا الخيار عليه لو اشترينا من أحدهم بالوصف، وعدم الرؤية وإن كان حاوياً على الوصف المذكور لأن ذلك هو مورد الإلزام لهم بما يدينون به.

الفرع الثاني ـ الزيادة المتميزة:

لو اشترى الشخص أمة فحملت منه وولدت عنده ثم وجد بها عيباً سابقاً على

---

(١) لا يجيز الشوافع بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها. مستندين في ذلك إلى الحديث المشهور عن النبي (ﷺ) من النهي عن بيع الغرر، وأما لو علم الجنس أو النوع فللشافعي قولان في ذلك:

في القديم: صحة مثل هذا البيع، ويثبت له الخيار لو كان قد رآه. معللاً بأنه: بيع على عين فجاز مع الجهل كالنكاح.

وفي الجديد: عدم صحة هذا البيع لأنه غرر، وقد نهى النبي (ﷺ) عن بيع الغرر. راجع لهذا التفصيل: الشيرازي: المهذب/ ١، ٢٧٠، مطبعة البابي، ولأن قوله الجديد هو عدم الصحة لذا نقلت المصادر الفقهية السنية عدم الصحة عنه تاركة قوله القديم، لذلك جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي الحنفي قوله: «قال أصحابنا (رحمهم الله): إن خيار الرؤية مشروع في شراء ما لم يره المشتري فيجوز الشراء ويثبت الخيار، وقال الشافعي: شراء ما لم يره المشتري لا يصح فلا يكون الخيار فيه مشروعاً» السمرقندي: تحفة الفقهاء/ ٢، ١٠٢، دار الفكر. =

العقد فقد قالت المالكية: أنه ليس له ردها وحدها بل يرد الولد معها.

أما الحنفية فقد قالوا: بعدم الرد، وعليه الارش.

قال في كتاب رحمة الأمة على هامش الميزان: ٢، ٢٠٥: (فصل إذا زاد المبيع زيادة متميزة كالولد والثمرة أمسك الزيادة ورد الأصل عند الشافعي وأحمد، وقال مالك إن كانت الزيادة ولداً رد مع الأصل أو ثمره أمسكها ورد الأصل، وقال أبو حنيفة حصول الزيادة في يد المشتري يمنع الرد بالعيب بكل حال) [١].

أما الإمامية، فقد منعوا رد الجارية بعد وطئها قال الشيخ الانصاري (رحمه الله):

(فرع: لا خلاف نصاً وفتوى في أن وطيء الجارية يمنع من ردها عند الإمامية بالعيب).

إذن، فوطيء الجارية يمنع من ردها عند الإمامية، وأما لو ولدت منه فإنها تنعتق عليه لأنها تكون أم ولده ولا معنى للرد حينئذٍ [٢].

= وأما الشيعة: فقد أجمع فقاؤهم على ان صحة بيع العين الغائبة إنما هو وصفها بما يرفع عنها الجهالة كما نقل ذلك عنهم السيد العاملي في مفتاح الكرامة: صفحة ٢٩٠ من كتاب المتاجر.

وحينئذٍ، فإن خرج المبيع موافقاً للوصف فقد لزم البيع كتاباً وسنة وإجماعاً. كما عبر به صاحب الجواهر في البحث عن خيار الرؤية في كتاب التجارة، وإلاّ فإن نقص تخير المشتري بين الرد، والابقاء دون البائع. بلا خلاف بينهم في ذلك والاخبار صحيحة مروية من طرقهم دلت على ذلك.

يضاف إلى ذلك، حديث نفي الضرر، ومن الواضح، إن عدم فسخ المجال أمام المشتري للخيار ضرر عليه، وهكذا الحال لو لم يره البائع، وباعه واشترى المشتري منه ذلك بعد وصفه له وتبين بعد ذلك الزيادة على ما تخيله البائع أو وصفه ثالث وباعه على الوصف في كل ذلك للبائع الخيار لعين ما ذكرنا في خيار المشتري لو وصفه البائع له واشتراه فتبينت المخالفة.

(١) لاحظ لذلك أيضاً بداية المجتهد ٢، ١٩٩. والسمرقندي: تحفة الفقهاء/ ٢، ١٢٦. أما الشيرازي الشافعي فقد ذكر في المهذب: ١، ٢٩٢ قائلاً: «وإن كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه». ويقصد بما ذكرناه أن الولد نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد.

(٢) الوطيء يمنع رد الأمة المعيبة بالإجماع والصحاح المستفيضة. كما عبر بذلك في الرياض في البحث عن العيوب المجوزة للرد. نعم، لو كان ما وجده من العيب فيها هو الحبل فله ردها. على خلاف في =

والإلزام في هذا الفرع يتحقق بالنسبة إلى المالكي، فإنه لو اشترى جارية ووطئها فحملت منه، وولدت له ولداً، ووجد بعد ذلك بها عيباً سابقاً فإن الإلزام له يقضي بإجباره برد الاثنين الأم، والولد لأنه يدين بذلك فيلزم به.

المورد الرابع ـ الخيار:

وفيه فروع:

الفرع الأول ـ خيار الشرط:

قالت المالكية: إن خيار الشرط يجوز بقدر الحاجة.

وقال أبو حنيفة الشافعي: لا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام.

قال في الفقه على المذاهب الأربعة ٢، ١٧٨: (المالكية قالوا: تنقسم مدة خيار الشرط بالنسبة إلى المبيع إلى أربعة أقسام الأول: في بيع العقار، والخيار في هذا يمتد إلى ستة وثلاثين يوماً وثمانية وثلاثين (وبقية الأقسام من هذا القبيل) والشافعية، والحنفية يشترطون ثلاثة أيام، والحنابلة يشترطون في مدة الخيار أن تكون معلومة، ولا حد لها، وإنما الذي لا يصح هو أن يشترطاه مدة مجهولة كبعتك بالخيار متى شئت) [1].

= ذلك بين كونه يرد مطلقاً سواء كان ذلك الحبل من المولى أو غيره. أو انه يرد لو كان حبلها من مولاها الذي اشتراها منه. لاحظ لذلك الرياض. والانتصار والغنية، الموضع المذكور نفسه.

(١) راجع رأي أبي المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣، ٧٨، طبعة بولاق. فقد نقل رأيهم مفصلاً. وأما بقية المذاهب فقد قال السمرقندي الحنفي في تحفته: ٢، ٨١ ـ ٨٢ «وأما الخيار المشروع فنوع واحد، وهو أن يذكر وقتاً معلوماً، ولم يجاوز عن الثلاثة بأن قال على أني بالخيار يوماً، أو يومين، أو ثلاثة أيام، وهذا قول عامة العلماء سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري».

وفي مقام الاستدلال عليه، يذهب إلى أن الخيار بطبعه منافٍ لما يقتضيه العقد، وإنما ثبت جوازه بدليل خاص، وهو حديث حيان بن منقذ. وفيه، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال إن رضيت فامسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها. هذا هو أصل الخيار.

الشرط عند الأحناف، وأما لو شرطه فقد قال السمرقندي الحنفي فيه: «وأما إذا شرط الخيار أربعة أيام أو شهراً فقال أبو حنيفة وزفر (رحمهما الله) بأن البيع فاسد. وقال أبو يوسف، ومحمد =

أما الشيعة، فلا تقيده بوقت قال المحقق الحلي (رحمه الله) في شرائعه بحث الخيارات من كتاب التجارة ما يلي: (الثالث: خيار الشرط، وهو بحسب ما يشترطانه، أو أحدهما لكن يجب أن يكون مدة مضبوطة، ولا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة، والنقصان كقدوم الحاج، وحينئذٍ، فللجعفري إلزام غيره من إتباع هؤلاء بتحديد مدة الشرط وعدم التجاوز عن ذلك)[1].

الفرع الثاني ـ خيار الغبن:

قال في المغني لابن قدامة ٣، ٥٨٤: (فصل ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع ... إلى قوله ... الثالث: المسترسل إذا غبن غبناً فاحشاً تخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والإمضاء، وبهذا قال مالك، وقال ابن أبي موسى، وقد قيل: وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل، وكالغني اليسير).

= والشافعي (رحمهم الله): بأنه جائز» المصدر المتقدم.

ويستدل السمرقندي على صحة رأي أبي حنيفة في عدم الجواز لأكثر من ثلاثة أيام: بأن الخيار منافٍ في نفسه لمقتضى العقد، وما ورد من الشرع بجوازه فهو لثلاثة أيام فيبقى الزائد على المنع.

ولا يخفى، أن ما تضمنته عبارة التحفة عن رأي الشافعي بالجواز لأكثر من ثلاثة أيام الظاهر بأنه يرجع إلى البيع في قبال قول أبي حنيفة حيث يقول بفساد البيع لأن فساد الشرط يوجب فساد المشروط كما قال السمرقندي في عبارته المذكورة: «فقال أبو حنيفة وزفر بأن البيع فاسد» أما الشافعي فيرى جواز البيع إذ أن رأيه في التحديد لا يتجاوز الثلاثة كما جاء ذلك في المهذب للشيرازي ١، ٢٦٥ حيث قال: (يجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيع التي لا ربا فيها ... إلى قوله ... ولا يجوز أكثر من ثلاثة لأنه غرر، وإنما جوز في الثلاثة لأنه رخصة فلا يجوز فيما زاد).

(١) لا يحدد فقها الشيعة خيار الشرط بمدة، ولكنهم يلتزمون بضبط المدة، ولذا لا يجيزون إناطة ذلك بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج مثلاً لوجود الغرر في ذلك، وقد نهى النبي (ﷺ) عن الغرر، وحينئذٍ، فهذا النوع من الاشتراط غير المضبوط مخالف للسنة، ولذلك لا يؤخذ به.

ووافق الشيعة على ما ذهبوا إليه من عدم تحديد الحنابلة وغيرهم حيث قال ابن قدامة في المغني ٣، ٥٢٤ «ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة قلت: أو كثرت، وبذلك قال أبو يوسف، ومحمد، وابن المنذر، وحكي ذلك عن الحسن بن صالح، والعنبري، وابن أبي ليلى، واسحاق، وأبي ثور».

أما الشيعة، فقد قال المحقق (رحمه الله) في شرائعه: (الرابع: من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة فظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به كان له فسخ العقد إذا شاء، ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع من رده كالاستيلاء من الأمة والعتق، ولا يثبت به أرش) [١].

أما الإلزام في ذلك، فإن المغبون لو كان حنفياً أو شافعياً، ألزم بما يدين به من عدم ثبوت الخيار فيسقط خياره لو تبين أنه مغبون في معاملة، وذلك، تطبيقاً للقاعدة عليهم.

الفرع الثالث ـ خيار التصرية:

التصرية: هي جمع اللبن، وحبسه في الضرع. يفعله البائع لتكبير ضرع الشاة فيغتر المشتري بذلك، ويشتريها ظناً منه إن عظم الضرع طبيعي لها.

قال في الفقه على المذاهب الأربعة ٢، ٢٠٢: (الحنفية قالوا: إذا اشترى المصراة فليس له ردها بذلك مطلقاً، وإنما له المطالبة بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب)[٢].

---

(١) الغبن: بسكون الباء وأصله الخديعة، ويراد به في هذا الباب: البيع والشراء بغير القيمة مع الجهالة. ويقيده الفقهاء بما لو كان الغبن بما لا يتسامح بمثله في العادة. ومستند هذا الخيار عند الشيعة، هو اجماعهم عليه، وهو العمدة في المسألة، وإلاّ فبقية الأدلة المذكورة ناقش فيها الشيخ في الجواهر، فقد استدل له بالنهي عن أكل مال الغير إلاّ أن تكون تجارة عن تراض، وأن الغبن ضرر على المغبون سواء كان بائعاً أو مشترياً، ولا ضرر ولا ضرار شامل له. يضاف إلى جميع الأخبار الواردة في الباب، وفيها (غبن المسترسل سحت) (وغبن المؤمن حرام) (ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن) (وخبر تلقي الركبان وأنهم مخيرون إذا غبنوا) لاحظ الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ٦، ٣٦٣ ـ ٣٦٤، وكما قلنا: ناقش في جميع هذه الأدلة الشيخ صاحب الجواهر واعتمد على الإجماع حيث قال بعد المناقشة: «والأمر سهل بعدما عرفت من الإجماع المزبور».

(٢) يمتاز الاحناف من بين بقية المذاهب بالقول بعدم الخيارلمن اشترى المصراة، ولم يكن يعلم بذلك سابقاً. وإلاّ فبقية المذاهب يقولون بالخيار فقد ذكر آرائهم ابن قدامة الحنبلي في المغني ٤، ١٣٣: (إن من اشترى مصراة من بهيمة الأنعام ولم يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والإمساك. روي ذلك عن ابن مسعود، وابن عمر، وأبي هريرة، وأنس، وإليه ذهب مالك، وابن أبي ليلى والشافعي، واسحاق، وأبو=

وأما الإمامية، فقد قالوا: بأن للمشتري الخيار في ذلك. فقد ذكر الشهيد (رحمه الله) في كتاب اللمعة حيث تعرض إلى التدليس، وأنه به الخيار للمشتري قال: (وكذا التصرية، وهي جمع لبن الشاة، وما في حكمها في ضرعها يتوكها بغير حلب ولا رضاع فيظن الجاهل بحالها كثرة ما يحلبه فيرغب في شرائها بزيادة، وهو تدليس محرم وحكمه ثابت)[1].

وترتيباً على هذا فلو اشترى شخص من العامة شاة[2] وكانت مصراة فللبائع الامتناع من ردها لسقوط خيار المشترى إذا كان من العامة وعلى حسب ما يدينون به.

= يوسف وعامة أهل العلم). ويقرب الأحناف وجهة نظرهم لعدم الخيار ان التصرية ليست بعيب، بدليل: أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل. لاحظ ابن قدامة: مغني المحتاج، نفس الموضوع السابق.

(١) مستند هذا الخيار عند الشيعة هو إجماعهم عليه كما جاء ذلك في الجواهر والمسالك، وغيرهما من مصادر الفقه الشيعي. مضافاً، إلى انه تدليس فتشمله جميع الأدلة التي ترى الخيار في المعاملة التي يكون فيها تدليساً.

وليس للشيعة أخبار خاصة في هذه المسألة ولكنهم وافقوا العامة فيما رووه من قوله (ﷺ) «لا تصروا الإبل والغنم فإنها خداع». وجاء في منتقى الأخبار عن أبي هريرة أن النبي (ﷺ) قال (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر): قال عنه: (متفق عليه). الشوكاني: نيل الأوطار/ ٥، ٣٤١. وقال الشهيد في المسالك عن هذه الأخبار: (والأصل في تحريمه ـ وهو جمع الحليب ـ مع الإجماع النص عن النبي (ﷺ) وهو من طرق العامة، وليس من أخبارنا تصريح به لكنه في الجملة موضع وفاق) وقال المحقق البحراني في الحدائق الناظرة بعد نقله لهذا الخبر «والظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور لعدم وجوده في كتب الأخبار حسبما اعترف به شيخنا المتقدم ذكره».

(٢) المقصود من العامة هنا هم (الأحناف) لأنهم القائلون بعدم الخيار. بين بقية المذاهب.

المورد الخامس ـ الميراث:

وفيه فروع:

الفرع الأول ـ التعصيب:

التعصيب: هو توريث ما فضل من السهام المقررة في الشريعة الإسلامية إلى عصبة الميت [١] وهم على حسب تقسيم العامة العصبة بالنفس [٢] والعصبة بالغير [٣]. والعصبة مع الغير [٤]. ولزيادة التوضيح وبيان معرفة هؤلاء تفصيلاً راجع كتب العامة [٥].

ومسألة التعصيب أشهر من أن يطالب لها بدليل. فبتوريث العصبة قالت

---

(١) العصبة: في اللغة قوم الرجل الذين يتعصبون له، وبنوه، وقرابته لأبيه. وكأنها جمع عاصب، وإن لم يسمع به ثم سمي بها الواحد، والجمع، والمذكر، والمؤنث، وقالوا في مصدرها: العصوبة جمع (عصوبات). كذا في أقرب الموارد مادة عصب، وفي اصطلاح المتشرعة: (هو الوارث بغير تقدير) كما عن ابن قدامة في المغني: ٦، ٣٣٦.

والتعصيب: هو توريث ما فضل من سهام ذي الفروض لمن كان من العصبة كما لو خلف بنتاً واحدة أو ابنتين فصاعداً مع أخ، أو أخت فصاعداً مع عم فللبنت النصف بالفرض، وللأخ الباقي بالتعصيب، وكذلك النصف فرضاً للأخت والباقي للعم تعصيباً.

(٢) (وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى وهم أربعة أصناف: جزء الميت وأصله، وجزء أبيه، وجزء جده) كذا ذكره عالمكير: الفتاوي الهندية/ ٦، ٤٥١، طبعة المكتبة الإسلامية.

(٣) وهي كل انثى تصير عصبة بذكر يوازيها، وهي أربعة: البنت بالابن، وبنت الابن بابن الابن، والأخت لأب، وأم بأخيها، والأخت لأب بأخيها.

وباقي العصبات ينفرد بالميراث ذكورهم دون اخواتهم، وهم أربعة أيضاً: العم، وابن العم، وابن الأخ، وابن المعتق. المصدر السابق نفس الصفحة.

(٤) وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم أو لأب يصون عصبة مع البنات أو بنات الابن. هكذا نفس المصدر المتقدم.

(٥) هذه المراحل الثلاث: العصبة بالنفس، وبالغير، ومع الغير، كلها تطلق عليها مصادر الفقه السني (العصبة النسبية). وهناك نوع آخر، وهو (العصبة السببية) وهو المعتق ثم عصبته على الترتيب الذي ذكر في العصبات السببية. ذكر ذلك عالمكير الحنفي: الفتاوي الهندية/ ٦، ٤٥٣.

العامة، وهي من أظهر موارد قاعدة الإلزام. فمثلاً، لو مات الشخص وخلف أخاً وبنتاً فقد ذهبت الإمامية إلى إعطاء البنت نصف تركة الميت فرضاً وإعطائها النصف الآخر رداً وعدم إعطاء الأخ والذي هو العم شيئاً لأنه يأتي في الطبقة المتأخرة عن الأبناء وإن نزلوا.

أما العامة، فقد ذهبوا إلى إعطاء البنت نصفها، وإعطاء العم ما فضل من التركة لأنه من عصبة الميت، وهو يمنع البنت ما يزيد على سهمها المقرر لها.

والآن فلو كان المتوفي سنياً، كما في المثال المذكور والبنت أيضاً سنية، والعم إمامياً فيحق للعم أخذ ما يصله من الميراث تعصيباً، وإن كان لا يستحقه بحسب مذهبه لأنه حق البنت رداً، إلاّ أن إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم يعطيه هذا الحق والأخذ منهم ما يورثونه.

وعلى هذا، يكون الحال في جميع العصبة لو كانوا من الشيعة فهم يأخذون منهم ما يورثونه طبقاً لما تقتضيه قاعدة الإلزام [1].

الفرع الثاني ـ إرث الزوجة:

التزمت العامة بتوريث الزوجة مما تركه الزوج، وفي هذا الصدد يقول حسين علي الأعظمي في مواريثه: ١٨٩: (وارث الزوجة يكون من جميع تركة زوجها نقوداً أو عروضاً أو أراضي مملوكة أو بساتين، أو غيرها).

---

(١) مسألة الميراث بالتعصيب: من المسائل التي كانت مسرحاً للنقاش والجدل بين الشيعة والسنة.

حتى أصبح عدم توريث العصبة من ضروريات مذهبهم. كما أن توريثهم صار من ضروريات مذهبهم، ومن الأمور المفروغ عنها في نظر كلا الطرفين. قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة من كتاب الارث: (فعدم الارث بالتعصيب من ضروريات مذهبنا فلا حاجة بنا إلى الاستدلال عليه وإطالة الكلام في ذلك)، وفي قبال ذلك ما عبر به ابن قدامة الحنبلي في المغني: ٦، ٣٣٧ من قوله: (وهذا قول عامة أهل العلم) أو قوله: (وإليه ذهب عامة الفقهاء). ويعتمد الطرفان على ما يذهب إليه على أدلة يسوقها لإثبات ما يدعيه والعمدة في الدليل هو دعوى الإجماع التي يتمسك بها كل طرف، والأخبار الخاصة المروية من طرقهم الخاصة.

ولكن الشيعة يطعنون في إجماع أهل السنة لتخلف ابن عباس ومن تبعه عن موافقتهم في القول=

أما عند الشيعة، فإنها لو لم يكن لها ولد من الزوج فلا ترث لا عيناً ولا قيمة. وأما من البناء والأشجار والنخيل وسائر ما هو ثابت في الأرض فإنها ترث القيمة لا العين ولو كان لها ولد من الزوج فبعضهم ألحقها بغير ذات الولد في عدم التوريث إلاّ من القيمة والبعض الآخر لم يلحقها بل أعطاها من الميراث ما تشترك به مع الغير عيناً، وقيمة.

= التعصيب حيث ذهب إلى القول بعدم التعصيب كما نقل ذلك عنه ابن قدامة المقدسي في المغني: ٦، ٣٣٧ في قوله «وإليه ـ أي إلى القول بالتعصيب ـ ذهب عامة الفقهاء إلاّ ابن عباس، ومن تابعه فإنه يروي عنه انه كان لا يجعل الأخوات مع البنات عصبة فقال في بنت وأخت: للبنت النصف ولا شيء للأخت فقيل له: إن عمر قضى بخلاف ذلك جعل للأخت النصف فقال ابن عباس: انتم أعلم أم الله يريد قوله الله سبحانه [إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ] سورة النساء: الآية، ١٧٦. فإنما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد».

وتخلف مثل حبر الأمة ومن تابعه يخدش في الإجماع المدعى على القول بالتوريث المذكور العصبة.

أما الأخبار الخاصة: فقد رووا أخباراً عديدة في هذا الموضوع نوقش الكثير منها، ولكن البعض منها متفق عليه فيما بينهم، ومنها ما عن النبي (ﷺ) (ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولي رجل ذكر). الشوكاني: نيل الأوطار/ ٦، ٦٣، وقد اختلفت الروايات في بعض عبارات هذا الحديث.

ولم يسلم هذا الحديث من مناقشات الشيعة له ولغيره، مما كان بهذا المضمون. لاحظ لتلك المناقشات الشهيد الثاني في مسالكه كتاب الارث في البحث عن أدلة التعصيب، وفيه ذكر بقية الأدلة التي ساقها القائلون بالتعصيب ومن جملتها بعض الآيات القرآنية.

وأما الشيعة فأخبارهم الخاصة شديدة اللهجة بالنسبة إلى المنع من توريث العصبة فمن حسين الرزاز قال: (أمرت من يسأل أبا عبد الله (ﷺ) المال لمن هو للأقرب، أو العصبة، فقال: المال للأقرب، والعصبة فيه التراب).

وفي حديث زرارة عن الامام الباقر (ﷺ): (أيهم أولى بالميت وأقربهم إليه أمه أو أخوه ؟ أليس الأم اقرب إلى الميت من اخوته واخواته؟) راجع لهذه الأحاديث الحر العاملي: وسائل الشيعة/ ١٧، ٤٣٣ ـ ٤٣٤.

وفي المسالك في الموضع السابق تعرض لأغلب هذه الأخبار فلاحظ تفصيلها هناك.

وأخيراً، ففقهاء الشيعة يصرحون بأن التعصيب باطل عندهم بضرورة المذهب وبالروايات التي يعبرون عنها بالمستفيضة بل المتواترة. مضافاً، إلى آية أولوا الأرحام حيث قيل عنها أنها نص في المورد. راجع الطباطبائي: الرياض/ بحث التعصيب من كتاب الارث.

قال المحقق الحلي (رحمه الله) في الشرائع في المقصد الثاني من كتاب المواريث: (الخامسة إذا كان للزوجة من الميت ولد ورثت من جميع ما ترك ولو لم يكن لم ترث من الأرض شيئاً وأعطيت حقها من قيمة الآلات والأبنية).

أما الإلزام في البين فإنه يكون بالنسبة إلى الزوجة التي لم يكن لها ولد فإن العامة كما عرفت، تورثها والشيعة لا يورثونها من العين فلو كانت الزوجة منّا ومات زوجها المفروض كونه من العامة، وأعطيت الزوجة الميراث فلها أخذه منهم نظراً إلى إلزامهم بما يدينون به، وكذا الحال في ذات الولد لو كانت تقلد مجتهداً شيعياً يرى إلحاقها بمن لم يكن لها ولد من حيث الميراث فإنها أيضاً تلزمهم بالأخذ من الميراث[1].

---

(١) مسألة إرث الزوجة من مختصات الفقه الامامي. ذلك، لأن الفقه السني لا يتعرض لهذه المسألة بالتفصيل الذي يذهب إليه علماء الشيعة بل يرونها وارثة كبقية الورثة من جميع ما تركه الزوج.

وقد تضاربت أقوال الشيعة فيما ترث منه الزوجة مما تركه زوجها، وفي الوقت نفسه لهم تفصيل آخر في الزوجة نفسها وتشخيص من تحرم من الزوجات. لذلك لابد لنا من البحث في كلا هذين التفصيلين.

الزوجة المحرومة:

المشهور بين الإمامية أن الزوجة (محل البحث) هي غير ذات الولد، وبذلك صرحت عبارات كثيرة من متقدميهم ومتأخريهم. أما لو كانت ذات ولد فإنها لا تكون مشمولة للحكم، وإن نسب إلى مثل الشيخ المفيد والسيد المرتضى والشيخ الطوسي في الاستبصار وغيرهم القول بحرمان كل زوجة ذات ولد كانت أم غير ذات ولد حيث تشترك كلاهما في الحرمان، ولكن هذه النسبة نوقشت من قبل السيد العاملي في مفتاح الكرامة بما بعد هذه النسبة عن هؤلاء المذكورين حتى قال فنسبة الخلاف إليهم على البت لعلها لم تصادف محلها فالأولى ان ينسب إلى ظاهرهم كما صنع في السرائر، والإيضاح.

ولكن مع كل ذلك فقد اعترف السيد العاملي أخيراً، بأن عبارة الشيخ المفيد في الرسالة صريحة في عدم الفرق بين الزوجتين، وأنه ادعى الإجماع على ذلك. وقد تصدى إلى الجمع بين هذه الدعوى للإجماع، ودعوى غيره للإجماع على الفرق بالتفصيل بين رأي المتقدمين والمتأخرين فينظر من قال بعدم الفرق إلى اتفاق كلمة المتقدمين على ذلك، ويذهب من قال بالفرق إلى اتفاق كلمة المتأخرين على الفرق.

=

المورد السادس. الوصية لوارث:

قال في الموطأ: ٣، ٣٣: (وسمعت مالكاً يقول: السنّة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز الوصية لوارث إلاّ أن يجيز له ذلك ورثة الميت، وأنه إن أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجازه منهم، ومن أبى أخذ حقه من ذلك). راجع لذلك الفقه على المذاهب الأربعة:٣، ٤٣٥ ـ ٤٦٣. ومواريث

= الأقوال، فيما تحرم منه الزوجة:

القول الأول: حرمانها من نفس الأرض عيناً وقيمة ومما شيد عليها عيناً لا قيمة وحينئذ فتعطى قيمة الآلات، والخشب، والأبنية على تفصيل في تقدير القيمة يذكر في محله. ذهب إلى ذلك جمع من الفقهاء كالشيخ والقاضي وابن حمزة وهو المشهور بين فقهاء الامامية.

القول الثاني: نفس الحرمان المذكور في القول الأول بإضافة الاشجار إلى الآلات في الحرمان من العين دون القيمة، وذهب إليه جمع آخر من الفقهاء كالعلاّمة في قواعده، والشهيد في دروسه، ولكن السيد في مفتاح الكرامة ناقش في هذا القول متميزاً من بين بقية الأقوال بل اعتبره في عداد القول الأول.

القول الثالث: حرمانها من الرباع لا مطلق الأرض (والرباع مصطلح لغوي) يطلق على الدور، والمساكن، أو المنازل بتعبير آخر. وبناءاً على هذا فتحرم الزوجة من الدور دون مطلق الأرض والبساتين والضياع، وحرمانها من الرباع إنما هو من أرضها عيناً وقيمة دون ما شيد عليها فإن ما شيد عليها تعطى قيمته لا عينه، وفي غير ذلك ترث من جميع ذلك، وممن ذهب إلى هذا القول الشيخ المفيد وابن ادريس والمحقق في النافع، وغيرهم.

القول الرابع: حرمانها من عين أرض الرباع، وتعطى قيمتها وبناءاً على هذا القول فهي تعطى من كل شيء عدا عين أرض الرباع، وما شيد عليها من بناء وتعوض فيهما قيمتها وإليه ذهب السيد المرتضى.

القول الخامس: عدم حرمانها من كل شيء بل ترث من كل ما تركه زوجها منقولاً وغير منقول من الرباع أم غيره. ذهب إلى ذلك ابن الجنيد.

أما هذا القول الأخير، فقد تمسك ابن الجنيد على مذهبه فيه بالآيات القرآنية تاركاً جميع الأخبار الواردة في باب حرمان الزوجة من ميراث زوجها، وأما بقية الأقوال الأربعة: فسبب تشعبها هو الأخبار المروية عن أهل البيت (عليهم السلام) في هذا الخصوص، وتجنباً للإطالة في البحث مما يستلزم عرضها وبيان وجهة نظر كل طرف فيما ذهب إليه وتفنيده لما يعتمد عليه الآخرون نحيل القارئ الكريم إلى مصادر الفقه الشيعي المفصلة في هذا البحث لاحظ مفتاح الكرامة، والجواهر، والحدائق، والمسالك بحث ميراث الأزواج

الأعظمي ووصاياه: ٩٣ [1].

أما الشيعة فقد قال المحقق الحلي (رحمه الله) في شرائعه في بحث الوصايا: (الرابع في الموصى له ... إلى قوله ... وتصح الوصية للأجنبي وللوارث) [2].

---

(١) للمذاهب في مسألة الايصاء للوارث قولان:

القول الأول: عدم جواز ذلك والوصية بذلك باطلة وإليه ذهب ابن حزم الظاهري في المحلى ٩، ٣٨٦ من غير توقف على إجازة الورثة وعدمها مستنداً في ذلك إلى ما روي من طرق العامة عن النبي(ﷺ) (لا وصية لوارث). وهذا هو أحد قولي الشافعي حيث منع النوع من الوصية كما جاء في المهذب للشيرازي ١، ٤٥٨.

القول الثاني: صحة الوصية، ولكنها تقف على إجازة الورثة في ذلك ذهب إليه الأحناف في تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣، ٣٩٠.

وكذلك المالكية كما جاء في بداية المجتهد لابن رشد ٢، ٣٦٤، وبه قالت الحنابلة حيث صرح بذلك المغني لابن قدامة ٦، ٨٠، وهو أحد قولي الشافعي كما جاء في المهذب للشيرازي الشافعي ١، ٤٥٨.

ويستند هؤلاء فيما ذهبوا إليه من الصحة بشرط إجازة الورثة على ما روي عن النبي من طرقهم من قوله لا وصية لوارث إلاّ ان يجيز الورثة، وفي رواية أخرى: إلاّ أن يشاء الورثة. لاحظ لتخريج هذه الأحاديث تحفة الفقهاء الموضع السابق. ويمكن الانتصار لهؤلاء القائلين بالجواز إذا أجاز الورثة في قبال المانعين منها بأنه لا منافاة بين الخبر المروي عنه (لا وصية لوارث) حتى بناءاً على القول بأن متنه متواتر كما نقل ذلك عن الشافعي، وبين الخبر القائل: «لا وصية لوارث إلاّ ان يشاء الورثة، أو يجيز الورثة» فإن الأول مطلق، والثاني مقيّد ويحمل المطلق على المقيد خصوصاً والشهرة تعضد فعاد التقييد لذلك يقدم القول بالجواز عند إجازة الورثة ويسقط القول بالمنع على الإطلاق.

(٢) مسألة الوصية للوارث في نظر الشيعة لا تفرق عن الوصية للأجنبي فكلاهما جائز حتى عبر الشهيد في المسالك عن ذلك بقوله: (اتفق أصحابنا على جواز الوصية للوارث كما يجوز لغيره من الأقارب، والأجانب). المسالك: بحث الوصية للأجنبي والوارث، وقد نقلت كثير من مصادر الفقه الشيعي الإجماع على عدم الفرق بين الوارث والأجنبي في صحة الوصية إليه وحتى عبر عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة في كتاب الوصية ٩، ٤١٠ بقوله: (والحاصل كأنه من ضروريات المذهب) وقد استدل هؤلاء المجوزون مطلقاً من غير فرق بين إجازة الورثة لذلك وعدمها بالآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ سورة البقرة: الآية، ١٨٠.

والوالدان لابد وأن يكونا وارثين إلاّ أن يكونا ممنوعين من الإرث بكفرهما، ولكن العبارة أعم من ذلك. =

وحينئذٍ فلو كان الوارث الموصي له، أو المقر له من تابعي أحد المذاهب الأربعة ألزم ببطلان الوصية، ويأخذ بقية الورثة ذلك المال إلزاماً لهم بما دانوا به.

المورد السابع. السلم: [(١)]

(قال أبو حنيفة: لا يجوز السلَم إلاّ أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً حال العقد ووقت التسليم).

قال صاحب كتاب رحمة الأمة على هامش الميزان: ٦٣: (فصل يجوز السلم في المعدوم حين عقد السلم عند مالك، والشافعي وأحمد إذا اغلب وجوده عند المحل،

= وقد رد كثير من العامة هذه الآية الكريمة بأنها منسوخة، وإن اختلفوا فيما نسخها فقيل: آية الفرائض. وقيل: حديث لا وصية لوارث. وقيل: الإجماع.

وقيل: إن الوالدين في الآية هما الممنوعان بالكفر، والأقارب محمول على غير الوارث، منهم.

وأجيب عن النسخ أولاً: بأن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز والشيعة لا يقولون بأكثر من الجواز لأن الثابت عندهم بأن (كتب) في الآية الكريمة المذكورة مسوق للحث والترغيب لا الفرض.

وثانياً: كما عن المسالك: إن الشيء إنما ينسخ غيره إذا لم يكن الجمع بينهما، وهو ههنا ممكن بحمل الإرث على ما زاد على الوصية أو ما زاد على الثلث كغيرها من الوصايا وبه يبطل الباقي.

وأجيب عن حديث، (لا وصية لوارث) بأنه على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفي وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض، أو على نفي الوصية مطلقاً بمعنى إمضائها، وإن زادت على الثلث كما يقتضيه اطلاق الآية. لاحظ لهذين الجوابين: المسالك بحث الوصية لوارث.

وأجيب عن الإجماع: بأنه ليس بتام مع مخالفة أكثر الفقهاء من العامة حيث لا يقولون بمنع الوصية لوارث كما يدعيه المانع مطلقاً.

وأما حمل الوالدين على كونهما ممنوعين بالكفر، أو الأقارب على غير الوارث فيرده انه تحكم في الآية وحمل بلا دليل، واللفظ أعم.

ويعتمد الشيعة بعد كل هذا على أخبار صحيحة وردت من طرقهم تجيز الوصية للوارث، ولا تفرق بينه، وبين الأجنبي، ففي صحيحة وردت عن أبي بصير «قال: قلت: لأبي عبد الله (عليه السلام) تجوز للوارث وصية قال: نعم».

(١) السلم: بفتح السين المهملة، واللام كالسلف وزناً ومعنى، وحكي في الفتح عن الماوردي أن السلف لغة أهل العراق والسلم لغة أهل الحجاز. كذا في نيل الأوطار للشوكاني ٥، ٣٥٥.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلاّ أن يكون موجوداً من حين العقد إلى المحل).

ومثل هذا ما جاء في الميزان ٣، ٨٠، وفي بداية المجتهد لابن رشد ٣، ٣٠٣. وفي الفقه على المذاهب الأربعة ٣، ٣٠٦ ـ ٣٠٧ [١].

وأما الإمامية وبقية المذاهب [٢]، فإنهم لم يشترطوا ذلك بل يصح عقد السلم ولو كان جنس المسلم فيه حين العقد معدوماً.

قال المحقق الحلي (رحمه الله): (الشرط السادس: أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله ولو كان معدوماً حين العقد) [٣].

وعلى هذا فيلزم الحنفية كلهم بفساد البيع في غير هذه الصورة، وهي فيما لو لم يكن جنس السلم موجوداً حال العقد.

---

(١) وافق أبا حنيفة فيما ذهب إليه الثوري والأوزاعي، واستدلوا له فيما أخرجه أبو داود عن ابن عمر أن رجلاً أسلف رجلاً في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً فاختصما إلى النبي (صلى الله عليه وآله) فقال: بم تستحل ماله؟ أردد عليه ماله. ثم قال: (لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه). وقالوا: هذا نص في التمر وغيره قيام عليه.

ولكن الشوكاني رد هذا الحديث بأن في إسناده رجل مجهول فإن أبا داود رواه عن محمد عن سفيان عن كثير أبي إسحاق عن رجل نجراني عن ابن عمر، وأخيراً قال (ومثل هذا لا تقوم به حجة). الشوكاني: نيل الأوطار/ ٥، ٣٥٨.

وقد اعتمد القائلون بجواز السلم، وإن لم يكن موجوداً حال العقد وهم غير الأحناف من المذاهب على ما رووه من أن النبي (صلى الله عليه وآله) قدم المدينة، والناس يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: (من أسلف فليسلف في كيل أو وزن معلوم أو أجل معلوم) ولم يتطرق إلى ذكر الوجود للمسلم فيه حال العقد ولو كان شرطاً لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة. لاحظ ابن قدامة: مغني المحتاج/ ٤، ٣٦٣ والشوكاني: المصدر السابق.

(٢) سبق أن عرفنا رأي بقية المذاهب فيما تقدم.

(٣) المحقق الحلي: شرائع الإسلام/ كتاب التجارة الشرط السادس من شروط السلم.

المورد الثامن ـ الوديعة عند عيال الشخص:

الوديعة عندنا ليست بمضمونة مع المحافظة عليها من غير فرق بين أن يحفظها الإنسان عند ولده أو زوجته أو غيرهما بل عند كل شخص يحفظ عنده ماله عادة.

قال العلاّمة الحلي (رحمه الله) في تبصرته في البحث عن الوديعة: «ويضمن المستودع مع التفريط لا بدونه».

وقال المحقق الحلي (رحمه الله) في شرائعه في المورد نفسه: (وإذا استودع وجب عليه الحفظ، ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهراً).

أما أبو حنيفة: فقد ذهب إلى عدم وجوب الضمان لو أودعها عند من يساكنه من العيال. قال في الفقه على المذاهب الأربعة ٣، ٣٤٤: «الحنفية قالوا على أن للوديع أن يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة من عياله ... إلى قوله ... فإذا دفع الوديعة لولده ونحوه ممن يساكنه من عياله فهلكت عند الثاني فإن الأول لا يضمن لأنه دفعها لمن يصح أن يحفظ عنده ماله» [1].

وبناءاً على هذا، فلو أودع حنفي وديعة عند شيعي وأودعها الشيعي عند زوجته أو من يساكنه من عياله وتلفت فليس للحنفي أن يطالبه بتلك الوديعة، ولا بضمانها لأن الشيعي قد أودعها عند من تصح الوديعة عنده، ولا شيء عليه إلزاماً له بما يدين به من عدم الضمان في هذه الصورة.

---

(١) أما بقية المذاهب فانهم يرون ضمان من استودع لو استودع هو ذلك الشيء عند آخر. ويعللون ذلك، بعدم رضا المالك فإن المالك إنما أودع ماله عند ذلك الشخص دون غيره. وحينئذٍ، فلو تلفت عند الثاني ضمن. لاحظ لذلك ابن رشد: بداية المجتهد/ ٣، ٣٤٠، والسمرقندي الحنفي: تحفة الفقهاء/ ٣، ٣٤٠، وابن قدامة: مغني المحتاج/ ٦، ٤٣٣.

المورد التاسع ـ في الحج:

وفيه فروع:

الفرع الأول ـ طواف النساء:

من الفروع التي وقع الاختلاف فيها بين الفريقين الشيعة والسنة هو طواف النساء. فبينما السنة لا يوجبونه في الحج. ترى الشيعة يقولون بوجوبه، وإن لم يكن ركناً من أركان الحج عندهم، وفرّعوا على ذلك: إن عدم الإتيان به يكون موجباً لعدم حلية النساء عليه.

قال الشهيد الثاني (رحمه الله) في شرح اللمعة عند التعرض لطواف النساء: (ولا تحل النساء بدونه مطلقاً حتى العقد).

ومعنى ذلك، إن من حج، ولم يأت بطواف النساء، فإن الشيعة ترى زوجة ذلك الحاج محرمة عليه بحيث لا يجوز وطؤها كما لا يجوز له العقد على غيرها لكونه بعد لا يزال محرماً من هذه الجهة.

وطبيعي، أن يكون نكاحه باطلاً.

وترتيباً على ذلك، فلو حج سني، وكانت له زوجة شيعية أو حجت السنية، وكان لها زوج شيعي فإن هذا الزوج وتلك الزوجة لا يحل لهما الطرف المقابل.

وهكذا الحال، في الحاج السني بعد حجه فإن الشيعة يرون النساء عليه محرمات فلا يسوغ له التزوج بهن.

وهذه مشكلة يبتلي بها كثير من الناس ولحل هذه المشكلة يمكننا ذكر الطرق الآتية:

١ـ جريان قاعدة الإلزام في حق السني سواء كان رجلاً أو امرأة. وبطبيعة الحال يكون جريان القاعدة المذكورة في حقه موجباً لصحة النكاح في حقه، وإذا صح النكاح في حقه بواسطة الإلزام المذكور كانت المرأة التي عقد عليها بعد حجه زوجة له بحكم الواقع الثانوي فتترتب عليه جميع آثار الزوجية في البين.

٢ـ دعوى إمضاء عملية الإزدواج معهم بعد حجهم من قبل الأئمة (عليهم السلام) لابتلاء

الشيعة بذلك واختلاطهم معهم مع العلم أنه لم يصدر من الأئمة (عليهم السلام) ما فيه أدنى إشارة إلى بطلان الإزدواج مع من حج منهم سواء كان الإزدواج بعد حجه، أو قبله. بل لم يصدر من أحد من أصحاب الأئمة (عليهم السلام) السؤال عن ذلك مع اختلاط الكثير من الأصحاب معهم في هذه الجهة فسكوتهم (عليهم السلام) وسكوت أصحابهم عن السؤال من أئمتهم (عليهم السلام) دليل على إمضاء عملية الزواج وصحتها فيكون ذلك من قبيل السيرة من الأصحاب وعدم الردع منهم (عليهم السلام) مع أنها بمنظر وبمسمع، وذلك دليل الإمضاء والرضا به، وحينئذٍ، فتكون النساء غير محرمات عليهم بعد حجهم.

٣ـ اعتبار طواف الوداع في التأثير كطواف النساء، فقد اعتبرت العامة في الحج طواف الوداع والأغلب منهم يرون أنه واجب ولابد من الإتيان به. قال في الفقه على المذاهب الأربعة: ١،٥٣١: «أما الطواف فأنواعه ثلاثة ركن وهو طواف الزيارة ويسمى طواف الإفاضة، وقد تقدم الكلام على وقته، وواجب وهو طواف الوداع ويسمى طواف الصدر، وسنة، وهو طواف القدوم»[1].

وفي مقام ما لو نسي الشيعي طواف النساء فماذا يترتب عليه؟ يقول الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله): (وعلى كل حال فظاهر ما سمعته من النص والفتوى وجوب قضائه، وإن كان قد طاف طواف الوداع مضافاً إلى كونه مستحباً فلا يجزى عن الواجب، لكن قال الصادق (عليه السلام) في خبر إسحاق (لولا ما من الله به على الناس من طواف الوداع لرجعوا إلى منازلهم ولا ينبغي أن يمسوا نسائهم) بل عن علي بن

---

(١) سمي بطواف الوداع لأنه لتوديع البيت، وبطواف الصدر لأنه عند صدور الناس من مكة، ووقته بعد فراغ المرء من جميع أموره ليكون آخر عهده بالبيت على ما جرت العادة به في توديع المسافر أخواته، وأهله. وهو عند العامة واجب وليس بركن ويلزم عندهم على من تركه دم، ولكن الشافعي لم يرَ عليه شيئاً لو تركه في أحد قوليه معللاً ذلك بأنه يسقط عن الحائض فلم يكن واجباً كطواف القدوم ولأنه كتحية البيت أشبه طواف القدوم.

وأجيب عن ذلك: بأن سقوطه عن الحائض إنما هو لدليل خاص، وهذا هو دليل على عدم سقوطه عن غيرها، وإلاّ لما كان للدليل الذي روي عن النبي (صلى الله عليه وآله) من طرق العامة أي مزية حيث قال: «أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت إلاّ أنه خفف عن المرأة الحائض». لاحظ ابن قدامة: مغني المحتاج/ ٣، ٤١١.

بابويه الفتوى بذلك. إلاّ أنه قاصر عن المعارضة من وجوه. خصوصاً، مع إمكان اختصاصه بالعامة الذي لا يعرفون طواف النساء وإرادة المنة على المؤمنين بالنسبة إلى نسائهم غير العارفات وكون المراد ان الاتفاق على فعل طواف الوداع سبب لتمكن الشيعة من طواف النساء إذ لولاه لزمته التقية بتركه غالباً) [١].

من هذه العبارة عرفنا أن علي بن بابويه (رحمه الله) يقول: بالاكتفاء بطواف الوداع عن طواف النساء لو نسبة الشخص منا.

ولكن الذي ظهر من الشيخ صاحب الجواهر (رحمه الله) المفروغية عن أن طواف الوداع يكون قائماً مقام طواف النساء لو كان الشخص من العامة لا منّا. ولأجل ذلك حمل الرواية عليه لا على ما استفاده علي بن بابويه (رحمه الله) من كون ذلك مطلقاً حتى بالنسبة إلى الشيعة لو نسي أحدهم طواف النساء، وليس ببعيد أن يكون المراد من تعبير الامام (عليه السلام) في الرواية «لولا ما منّ الله به على الناس» هم السنة حيث يعبر الأئمة (عليهم السلام) عنهم بالناس في كثير من الموارد، وحينئذٍ، فيكون ذلك من قبيل الحكمة في الاكتفاء بطوافهم الوداعي عن طوافهم النسائي.

وعلى هذا، فإن طواف الوداع يقوم مقام طواف النساء بالنسبة إلى العامة، وحينئذٍ، فيجوز لنا الزواج منهم وكذا فسح المجال للشيعة للأخذ منهم.

الفرع الثاني ـ العقد في حال الاحرام:

إذا أحرم الشخص حرمت عليه أمور عديدة، ومنها النساء حتى العقد عليهن قال المحقق الحلي (رحمه الله) في شرائعه عند التعرض لتروك الاحرام من كتاب الحج (والنساء وطأ، ولمساً، وعقداً لنفسه، ولغيره، وشهادة على العقد) [٢].

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي/ جواهر الكلام/ كتاب الحج، المسألة الرابعة من المقصد الثالث.

(٢) كما يدل عليه الإجماع الذي يعتمد عليه علماء الشيعة حيث نقلته مصادر الفقه الشيعي كلها عند تعرضها لتروك الاحرام والتي منها المذكورات. مضافاً، إلى وجود أخبار صحيحة يعتمدون عليها وفيها (ليس للمحرم ان يتزوج ولا يزوج فإن تزوج أو زوج محلاً فتزويجه باطل)، وفي البعض=

أما ابن رشد فيحدثنا عن الحنفية بجواز ذلك حيث قال في بدايته ١/ ٣٢:

«واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك، والشافعي، والليث، والأوزاعي: لا ينكح المحرم ولا ينكح فإن نكح بالنكاح باطل، وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابتة: وقال أبو حنيفة، والثوري: لا بأس بأن ينكح المحرم أو ان ينكح».

وبناءاً على هذا فيلزم من كان حنفياً بترتيب جميع آثار الزوجية لو عقد في حال الاحرام إلزاماً له بما دام به، ولا يمكنه التخلف عنه.

المورد العاشر ـ الشفعة بالجوار:

لم تشفع جميع العامة الجار في بيع ما يجاوره من العقار بل اختلفت كلمتهم في ذلك.

قال ابن رشد في بدايته ٢، ٢٥٣: «الركن الأول، وهو الشافع، ذهب مالك، والشافعي، وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلاّ للشريك ما لم يقاسم، وقال أهل العراق: الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة، ثم الجار الملاصق، وقال أهل المدينة لا شفعة للجار، ولا للشريك المقاسم».

وقال المحقق الحلي في الشرائع في كتاب الشفعة: «الثاني في الشفيع: وهو كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن. ويشترط فيه الإسلام إذا كان المشتري مسلماً فلا تثبت الشفعة بالجوار، ولا فيما قسم، وغير إلاّ مع الشركة في طريقه أو نهره»[1].

= الآخر: (المحرم لا ينكح ولا ينكح ولا يخطب ولا يشهد النكاح، وإن نكح فنكاحه باطل). لاحظ الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام/ عند التعرض للنساء من تروك الاحرام.

(١) الشفعة: بضم المعجمة وسكون الفاء، وهي لغة مأخوذة من الزوج كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه، وأصلها التقوية والإعانة ومن ذلك الشفاعة.

أما شرعاً: فهي استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته، أو: انتقال حصة شريك إلى شريك =

إذن، فالشفعة عند الإمامية لا تكون إلاّ بين شريكين بعد الخضوع لشروط مبينة هناك [١] فلا يتمكن الجار من الشفعة بالجوار إلاّ إذا اشتركا في طريق خاص على خلاف في هذا أيضاً [٢].

فبناءاً على هذا لو كان لسني جار شيعي وأراد السني بيع داره فللشيعي أن يشفع بذلك البيع وأخذ ذلك العقار منه إلزاماً له بما يدين به، وإن كان في الوقت نفسه لا تكون هذه العملية مما يقرها مذهب الشيعي، ولكن الإلزام قد جعلها حكماً واقعياً ثانوياً.

هذه هي أهم موارد قاعدة الإلزام. وكما أسلفت، فمن العسير أن يحيط الإنسان بتمام موارد القاعدة. بل الضابط، هو أن للشيعي أن يلزم غيره من بقية المذاهب بما يدينون به إذا كان ذلك الإلزام في صالحه.

هذا ما تسنى لي جمعه بهذه العجالة من محاضرات شيخنا الأستاذ (دام ظله) سائلاً المولى عز وجل أن يوفقني لنشر بقية محاضراته القيمة إنه ولي التوفيق.

عز الدين السيد علي بحر العلوم

=كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى، ولا تكون الشفعة إلاّ قبل التقسيم أما إذا قسم المشترك فيه فلا يرى فقهاء الشيعة مجالاً للتقسيم للإجماع على ذلك حيث نقلته مصادر الفقه الشيعي والأخبار الصحيحة المروية عن أئمة أهل البيت (عليهم السلام) في ذلك حتى عبر عنها بالمتواترة، وفي بعضها لا تكون الشفعة إلاّ لشريكين ما لم يتقاسما أولاً شفعة إلاّ لشريك غير مقاسم.

(١) من قدرة الشفيع على الثمن، وبذله للمشتري فلا شفعة للعاجز والممتنع وإسلامه إذا كان المشتري مسلماً فلا شفعة للكافر مطلقاً وفي اشتراط إمكان قسمة ما يشفع فيه قولان اختار الشهيد الثاني ذلك. لاحظ الروضة البهية في شرح اللمعة: ٤، ٣٩٨، الطبعة الحديثة.

(٢) لما جاء في الخبر الصحيح (عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: إن كان باع الدار وحوّل بابها إلى طريق غير لك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة) لاحظ للموضوع مفصلاً الجواهر والرياض وغيرهما من مصادر الفقه الشيعي.

مصادر الكتاب

محاضرات الأستاذ : - محمود عزمي

القاموس : - للفيروز آبادي

تاج العروس : - للزبيدي

لسان العرب : - لابن منظور

الشرائع : - للمحقق الحلي

الجواهر : - للفقيه الشيخ محمد حسن النجفي

العروة الوثقى : - للفقيه السيد الطباطبائي اليزدي

القواعد : - للعلاّمة الحلي

جامع المقاصد : - للمحقق الكركي

المسالك : - للشهيد الثاني

التأمين : - لصالح حمود علوش

بوليصة : - صادرة من الشركة الأمريكية

الوسائل : - للشيخ الحر العاملي

الوافي : - للملا محسن الفيض الكاشاني

وسيلة النجاة : - للسيد أبو الحسن الأصفهاني

تبصرة المتعلمين : - للعلاّمة الحلي

المصارف : - لحسن محمد ربيع

الرياض : - للسيد مير محمد علي الطباطبائي الحائري

الخلاف : - للشيخ الطوسي

التذكرة : - للعلاّمة الحلي

شيح أحكام تصفية الأحباس

التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول (ﷺ) : - لأبي السعادات مبارك ابن محمد المعروف بابن الأثير الشافعي

دليل القضاء الشرعي : - للسيد محمد صادق بحر العلوم

بداية المجتهد : - لابن رشد

التحرير : - للعلاّمة الحلي

الرهن : - للشيخ أغا رضا الهمداني

اللمعة وشرحها : - للشهيدين

بلغة الفقيه : - للسيد محمد بحر العلوم

مفتاح الكرامة : - للسيد محمد جواد العاملي

المغني : - لابن قدامة

الأم : - للشافعي

دليل العروة الوثقى : - للشيخ حسن سعيد الطهراني

الموطاء : - لمالك

مواريث ووصايا : - حسين علي الأعظمي

فهرست الكتاب

اليانصيب

الأوراق النقدية

أعمال البنوك والمصارف

السرقفلية

تصفية الوقف الذري

البيع القهري أو إزالة الشيوع

الحقوق الزوجية وآثارها الوضعية

الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

قاعدة الإلزام

فهرست التعليقات على الكتاب